عبد القادر عوده



التشريع الجنائي الإسلامي

مقارنا

بالقانون الوضعي

الجزء الثاني

التشريع الجنائي الإسلامي

مقارناً

بالقانون الوضعي

تأليف

عبد القادر عوده

الجزء الثاني

القسم العام

الطبعة الخامسة

١٣٨٨ - ١٩٦٨

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى علم الإنسان بعد جهل ، وهداه بعد ضلال ، وفقهه بعد غفلة ، والصلاة والسلام على محمد رسول الله الذى أرسله ربه للناس كافة بشيراً ونذيراً وهادياً ومعلماً ليهلك من هلك عن بيِّنة ويحيى من حيّ عن بيِّنة .

و بعد ؛ فهذه دراسات فى التشريع الجنائى الإسلامى مقارنة بالقوانين الوضعية ، وفقنى الله فيها إلى إظهار محاسن الشريعة ، وتفوقها على القوانين الوضعية ، وسبقها إلى تقرير كل المبادىء الإنسانية والنظريات العلمية والاجتماعية التى لم يعرفها العالم ولم يهتد إليها العلماء إلا أخيراً .

وسيرى القارىء مصداق هذا القول بين دفتى هذا الكتاب ، وأرجو أن لاينتهى من قراءته إلا وقد أصبح يعتقد بما أعتقده ، وهو أن الشريعة الإسلامية هى شريعة كل زمان ومكان

والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله .

رب اشرح لى صدرى ويسر لى أمرى ، واحلل عقدة من لسانى يفقهوا قولى .

الباب الأول

في

الجنـــــايات

١ - معنى الجناية: الجناية لغة اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه، تسمية بالمصدر من جنى عليه شراً، وهو عام إلا أنه خص بما يحرم من الأفعال، وأصله من جنى الثمر وهو أخذه من الشجرة

أما في الاصطلاح الفقهي فالجناية اسم لفعل محرم شرعاً سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك. لكن عرف الفقهاء جرى على إطلاق اسم الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه وهي القتل والجرح والضرب[1]

وأكثر الفقهاء يتكلمون عن القتل والجرح والضرب تحت عنوان الجنايات متأثرين في ذلك بما تعارفوا عليه من إطلاق اسم الجناية على هذه الأفعال[2]

ولكن بعض الفقهاء يتكلمون عن هذه الأفعال تحت عنوان الجراح[3] ناظرين إلى أن الجراحة هي أكثر طرق القتل والاعتداء على النفس والأطراف كما أن بعض الفقهاء يؤثرون لفظ الدماء[4] ويجعلونه عنواناً لجرائم القتل والجرح

---

(١) البحر الرائق جـ ٨ ص ٢٨٦ ، والزيلعي جـ ٦ ص ٩٧

(٢) الرحمان الساطع وبدائع الصنائع ص ٢٣٣ الإقناع جـ ٤ ص ١٦٢ البجيرمي على المنهج جـ ٤ ص ١٢٩

(٣) تحفة المحتاج جـ ٤ ص ١ المغني جـ ٩ ص ٣١٨ الأم جـ ٦ ص ١

(٤) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١ — مواهب الجليل للحطاب جـ ٦ ص ٢٣٠

والضرب ناظرين فى ذلك إما إلى النتيجة المادية لهذه الجرائم وهى إراقة الدماء وإما إلى أن أحكام هذه الجرائم وضعت لحماية الدماء

٢ — أقسام الجناية : ويقسم الفقهاء الجناية[1] على الآدمى إلى ثلاثة أقسام

١ — جناية على النفس مطلقاً ويدخل تحت هذا القسم الجرائم التى تهلك النفس أى القتل بمختلف أنواعه

٢ — جناية على مادون النفس مطلقاً ويدخل تحت هذا القسم الجرائم التى تمس جسم الإنسان ولاتمس حسه وهى الضرب والجرح

٣ — جناية على ماهو نفس من وجه دون وجه . ويقصد من هذا التعبير الجناية على الجنين لأنه يعتبر نفساً من وجه ولايعتبر كذلك من وجه آخر فيعتبر نفساً من وجه لأنه آدمى ، ولايعتبر كذلك لأنه لم ينفصل عن أمـه ، ويعبر عن هذه الجناية فى الاصطلاح القانونى الوضعى بالإجهاض

٣ — وجرائم القتل والضرب والجرح قد تقع عمداً وقد تقع خطأ ولكنها سواء كانت عمداً أو خطأ ليست فى الواقع إلا صوراً قانونية مختلفة لفعل واحد يقع على جسم المجنى عليه فالضرب مثلا قد لايحدث أثراً وقد يحدث شجة أوجرحاً . وقد يؤدى إلى موت المجنى عليه وقد يكون الضارب قاصداً مجرد الاعتداء فيكون فعله ضرباً أو جرحاً متعمداً وقد لايقصد الاعتداء فيكون فعله ضرباً أو جرحاً خطأ فإذا مات المجنى عليه كان الضرب قتلاً عمداً إذا قصد الجانى القتل ، وكان قتلاً شبه عمد أى ضرباً مفضياً لموت إذا تعمد الجانى الاعتداء ولم يقصد القتل ، وكان قتلاً خطأ إذا لم يقصد الاعتداء أصلا فالفارق بين هذه الصور المتعددة المختلفة هو نتيجة الفعل وقصد الجانى ، وهذا التصوير لجرائم القتل والجرح والضرب متحد فى الشريعة والقوانين الوضعية

---

(١) يلاحظ أن معنى الجناية فى الشريعة يتفق مع معنى الجريمة فالفعل جناية ولو كان مخالفة أو جنحة أو أكثر جسامة منهما ولفظ الجناية فى الشريعة مخالف لمعنى هذا اللفظ فى القانون المصرى الذى يعرف الجناية كل فعل معاقب عليه بالإعدام أو الأشغال الشاقة أو السجن

وتتفق أحكام جرائم القتل والجرح والضرب فى الشريعة الإسلامية مع أحكامها فى القوانين الوضعية فيما يختص بأركان الجريمة وصورها والأفعال المختلفة المكونة لها. ولا تكاد الشريعة تختلف عن القوانين إلا فى نوع العقوبة التى يقررها كل منهما لهذه الجرائم. بل إن القوانين حين تتناول هذه الجرائم تتناولها على نفس طريقة الشريعة فتجمعها فى باب واحد، كما يتكلم عنها الشراح دفعة واحدة لشدة مابينها من اتصال وهو نفس مافعله فقهاء الشريعة فى شرح هذه الجرائم.

الفصل الأول
فى
القتل

٤ — تعريف القتل: يعرف القتل فى الشريعة كما يعرف فى القوانين الوضعية بأنه فعل من العباد تزول به الحياة[1] أى أنه إزهاق روح آدمى بفعل آدمى آخر.

والقتل فى الشريعة أصلا على نوعين: قتل محرم وهو كل قتل عدوان. وقتل بحق وهو كل قتل لاعدوان فيه كقتل القاتل والمرتد. وبعض الفقهاء يقسم القتل من حيث الحل والحرمة إلى خمسة أقسام: واجب وهو قتل المرتد إذا لم يتب والحربى إذا لم يسلم أو يعط الأمان. محرم وهو قتل المعصوم بغير حق. مكروه وهو قتل الغازى قريبه الكافر إذا لم يسب الله ورسوله فإن سبهما لم يكره قتله. مندوب وهو قتل الغازى قريبه الكافر إذا سب الله ورسوله. مباح ومثله قتل المقتص وقتل الأسير على أن قتل الأسير كما

---

(١) تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٢٤٤

يرى البعض قد يكون واجباً إذا ترتب على عدم قتله مفسدة ومندوباً إذا كان فيه مصلحة بل يحتمل الوجوب مطلقا إذا ظهرت المصلحة[1]

٥ — أقسام القتل: ويقسم الفقهاء القتل تقسيمات تختلف بحسب وجهة نظر كل منهم ويمكننا أن نستعرض هذه التقسيمات المختلفة فيما يأتى

أولا . التقسيم الثنائى : يقسم بعض الفقهاء القتل إلى قتل عمد وقتل خطأ ولا وسط بينهما ، والقتل العمد عند هؤلاء هو كل فعل ارتكب بقصد العدوان إذا أدى لموت المجنى عليه سواء قصد الجانى القتل أو لم يقصده ويشترط أن لا يكون الفعل قد وقع على وجه اللعب أو مقصوداً به التأديب ممن له حق التأديب والقتل الخطأ هو مالم يكن عمداً[2] وهذا هو مشهور مذهب مالك[3]

ثانيا التقسيم الثلاثى يقسم معظم الفقهاء القتل ثلاثة أقسام[4]

(١) عمد وهو ماتعمد فيه الجانى الفعل المزهق قاصداً إزهاق روح المجنّى عليه

(ب) شبه عمد وهو ماتعمد فيه الجانى الاعتداء على المجنى عليه دون أن يقصد قتله إذا مات المجنى عليه نتيجة للاعتداء ويسمى شراح القوانين الوضعية هذا النوع من القتل بالضرب المفضى إلى الموت (ج) قتل خطأ ويكون فى حالات أولها إذا تعمد الجانى الفعل دون أن يقصد المجنى عليه كمن يرمى غرضاً فيصيب شخصاً وتسمى هذه الحالة الخطأ فى الفعل وثانيها إذا تعمد الجانى الفعل وقصد المجنى عليه على ظن أن الفعل مباح بالنسبة للمجنى عليه ولكن تبين أن المجنى عليه معصوم كمن يرمى من يظنه حربياً من جنود الأعداء فإذا هو مسلم أو معاهد أو ذمى وتسمى هذه الحالة الخطأ فى القصد وثالثها أن لا يقصد الجانى الفعل ولكنه يقع نتيجة لتقصيره كمن ينقلب وهو نائم على آخر فيقتله ورابعها . أن

(١) يراجع الجزء السابع من حاشية الشبراملسى مع نهاية المحتاج للرملى ص ٢٣٣

(٢) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٤

(٣) حجة مالك وغيره فى التقسيم الثنائى سيأتى فيما بعد

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٥ المغنى ج ٩ ص ٣٢ الإقناع ج ٤ ص ١٦٣ الزيلعى ج ٦ ص ٩٧

بسبب الجاني في الفعل كمن يحفر حفرة في الطريق فيسقط فيها أحد المارة ليلا وتؤدي السقطة لوفاته

ثالثا ـ التقسيم الرباعي . ويقسم بعض الفقهاء القتل أربعة أقسام :

(١) عمد (٢) شبه عمد (٣) خطأ (٤) وماجرى مجرى الخطأ[1].

والعمد وشبه العمد عند أصحاب هذا التقسيم لايختلفان عما هما عليه في التقسيم السابق فالخلاف منحصر عندهم في الخطأ لاغير

والخطأ[2] عند هؤلاء ما يكون في نفس الفعل أو في ظن الفاعل فالأول أن يقصد الفعل ولا يقصد الشخص كمن يرمي صيداً فيصيب شخصاً والثاني أن يقصد من يظنه مباح القتل كحربي أو مرتد فإذا هو معصوم[3].

أما ماجرى مجرى الخطأ فنوعان ـ نوع هو في معنى الخطأ من كل وجه وهو أن يكون القتل على طريق المباشرة كأن ينقلب النائم على إنسان فيقتله فهذا القتل في معنى القتل الخطأ من كل وجه لوجوده عن غير قصد . ونوع هو في معنى الخطأ من وجه واحد وهو أن يكون القتل عن طريق التسبب كمن يحفر حفرة في طريق ولا يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع المارة ليلا من السقوط فيها فيسقط فيها شخص ويموت من سقطته[4]

وظاهر مما سبق أن هذا التقسيم لايختلف عن سابقه في شيء إلا في أنه قسم ما اعتبره التقسيم السابق خطأ إلى قسمين أحدهما الخطأ ، والثاني ـ ماجرى مجراه

رابعاً ـ التقسيم الخماسي ويقسم بعض الفقهاء القتل خمسة أقسام

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣١٩

(٢) » » ج ٧ ص ٢٣٤ » » ج ٩ ص ٣٣٣

(٣) الحربي هو المنتمي إلى دولة محاربة ، والمرتد هو المسلم الذي ترك دينه ، والمعصوم هو من لا يحل قتله ولم يهدر دمه

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧١ والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٤

(١) عمد (٢) وشبه عمد (٣) وخطأ (٤) وما جرى مجرى الخطأ (٥) والقتل بالتسبب

والفرق بين هذا التقسيم والتقسيم السابق أن أصحاب هذا التقسيم يفرقون بين الفعل المباشر والقتل بالتسبب ويجعلون الأخير قسماً مستقلا[١]

ويعزى التقسيم الخماسي إلى أبي بكر الرازي فقد أداه منطقه إلى اختراع هذا التقسيم حيث رأى أن الخطأ على ضربين . أحدهما خطأ في الفعل كأن يقصد رمي طائر فيصيب شخصاً والثاني خطأ في القصد كأن يقصد إصابة من يظنه حربياً لأنه في صفوفهم أو عليه لباسهم فيتبين أنه معصوم وإذا كان هذا هو الخطأ فإنه لاينطبق على فعل الساهي أو النائم لأن الفعل في الخطأ مقصود إلا أن الخطأ يقع تارة في الفعل وتارة في القصد ، وفعل الساهي والنائم غير مقصود أصلا فليس هو إذن في حيز الخطأ كما أنه ليس في حيز العمد أوشبه العمد ولما كان حكم فعل الساهي والنائم هو حكم الخطأ من حيث الجزاء فقد رأى أبو بكر الرازي إلحاقه بالخطأ باعتباره جارياً مجراه

كذلك لاحظ هذا الفقيه أن الفقهاء يلحقون بحكم القتل ما ليس بقتل في الحقيقة لاعمداً ولا غير عمد وذلك نحو فعل حافر البئر وواضع الحجر في الطريق إذا عطب به إنسان وقال إن هذا ليس بقاتل في الحقيقة إذ ليس له فعل في قتل المجني عليه لأن الفعل القاتل إما أن يكون مباشراً من الجاني أو متولداً عن فعله ، وليس من واضع الحجر وحافر البئر فعل في العاثر بالحجر والواقع في البئر لامباشرة ولامتولداً فلم يكن قاتلا في الحقيقة وإنما يمكن اعتباره قاتلا بالتسبب[٢]

هذه هي التقسيمات المختلفة للقتل ، وظاهر من استعراضها أن التقسيم الثنائي يختلف عن باقي التقاسيم في أنه لايعترف بالقتل شبه العمد وأن الخلاف بين التقسيمات فيما عدا ذلك خلاف ظاهري أدى إليه منطق الترتيب والتبويب

(١) البحر الرائق جـ ٨ ص ٢٨٧ تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ٢٤٤
(٢) أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الجصاص جـ ٢ ص ٢٢٣

الدقيق . ولما كان التقسيم الثلاثى هو أشهر التقاسيم فسنجعله أساساً لبحثنا دون غيره خصوصاً وأنه يتفق مع التقسيم الذى سار عليه قانون العقوبات المصرى وغيره من القوانين الوضعية فقد قسم قانون العقوبات المصرى القتل إلى عمد وخطأ وضرب أفضى إلى الموت أى القتل شبه العمد

المبحث الأول

فى

القتل العمد

٦ ـ القتل العمد هو ما اقترن فيه الفعل المزهق للروح بنية قتل المجنى عليه أى أن تعمد الفعل المزهق لا يكفى لاعتبار الجانى قاتلا متعمداً بل لا بد من توفر قصد القتل لدى الجانى فإذا لم يقصد الجانى القتل وإنما تعمد فقط مجرد الاعتداء فالفعل ليس قتلا عمداً ولو أدى لموت المجنى عليه وإنما هو قتل شبه عمد كما يعبر عنه فقهاء الشريعة وضرب أفضى إلى موت فى لغة شراح القوانين الوضعية

٧ ـ ويعتبر القتل العمد فى الشريعة من أكبر الكبائر وأعظم الجرائم وقد جاء القرآن والسنة بتحريمه وتعظيم شأنه وتحديد عقوبته

تحريم القتل من القرآن: قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقتلوا النفسَ التى حرم الله إلا بالحق وَمَن قُتل مَظلوماً فقد جَعلنا لوليه سُلطاناً فلا يسرف فى القتل إنه كان منصوراً﴾ [الإسراء آية ٣٣] وقال ﴿وَالذين لَا يدعون مع الله إلهاً آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاماً﴾ [سورة الفرقان آية ٦٨] وقال ﴿ولا تَقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطئاً كبيراً﴾ [سورة الإسراء آية ٣١] وقال ﴿قل تعالوا أتل ما حرم ربكم عليكم ألا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحساناً ولا تقتلوا أولادكم من إملاق نحن نرزقكم وإياهم ولا تقربوا الفواحش

ما ظهر منها وما بطن ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون ﴾ [الأنعام ١٥١] - وقال جل شأنه ﴿ من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ﴾ [سورة المائدة ٣٢]

عقوبة القتل من القرآن قال الله تعالى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص . فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ﴾ [المائدة ٤٥]

وإذا كانت هذه الآية تذكر أن هذا الحكم كتب على من قبلنا فليس ذلك بشيء لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم دليل على نسخه فضلا عن أن القرآن جاء بنص صريح في أنه مكتوب علينا وذلك قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم * ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون ﴾ [سورة البقرة ١٧٨ - ١٧٩]

تحريم القتل من السنة روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يحل قتل امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس » وقال « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله وأني رسول الله فإن قالوها فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله عز وجل » وقال « من قتل نفسه بشيء من الدنيا عذب به يوم القيامة » وقال « من أعان على قتل امرىء مسلم بشطر كلمة لقي الله مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله »

وقال : « قتل المؤمن يعدل عند الله زوال الدنيا » وقال في خطبة عرفات : « ألا إن دماءكم وعوضكم محرمة عليكم كحرمة يومي هـــذا في شهري هذا في مقامي هذا »

عقوبة القتل من السنة : روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه وجد في قائم سيفه « إن أعدى الناس على الله القاتل غير قاتله والضارب غير ضاربه ومن تولى غير مواليه فقد كفر بما أنزل على محمد » وروي أنه قال « من اغتبط مؤمناً بقتل فهو قود به إلا أن يرضى ولي المقتول فمن حال دونه فعليه لعنة الله وغضبه لا يقبل منه صرف ولا عدل» وقال: «العمد قود » وقال: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا فالقود وإن أحبوا فالعقل »

أركان جريمة القتل العمد

٨ — أركان جريمة القتل العمد في الشريعة ثلاثة أولها : أن يكون المجني عليه آدمياً حياً ثانيها أن يكون القتل نتيجة لفعل الجاني ثالثها أن يقصد الجاني إحداث الوفاة

وهذه الأركان هي نفس أركان جريمة القتل العمد في قانون العقوبات المصري وغيره من القوانين الوضعية

الركن الأول
القتيل آدمي حي

٩ ـ تقع جريمة القتل على النفس فهي بطبيعتها اعتداء على آدمي حي، ولذلك سماها الفقهاء بالجناية على النفس ، فلتحقق وقوع الجريمة يجب أن يكون المجني عليه آدمياً وأن يكون على قيد الحياة وقت ارتكاب جريمة القتل فمن أطلق مقذوفاً نارياً على حيوان حي فقتله فإنه لا يعتبر قاتلاً عمداً وإن كان يعتبر متلفاً لحيوان ، ومن شق بطن إنسان ميت أو فصل رأسه من جسمه بقصد قتله وهو

لا يعلم أنه ميت فإنه لا يعد قاتلا له لأن الموت لم ينشأ عن فعله ولأن الفعل كان بعد أن فارق الميت الحياة فاستحال قتله أو بتعبير آخر لا يعاقب الجانى على جريمة القتل العمد لاستحالة وقوعها ولكنه يعاقب لأنه استحل حرمة ميت .

١٠ ـ ومن المتفق عليه أن الميت هو من خرج فعلا عن الحياة فإذا قتل شخص مريضاً فى حالة النزع فهو قاتل له عمداً لأنه أخرجه بفعله عن الحياة

١١ ـ وإذا جنى شخصان على ثالث وكان فعل الأول يفضى إلى الموت لا محالة إلا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه الحياة المستقرة مثل شق البطن وخرق الأمعاء فإذا قطع الثانى رقبته فالقاتل هو الثانى لأنه فوت حياة مستقرة أو ما هو فى حكم الحياة ، ويستدلون على ذلك بحادث عمر رضى الله عنه فإنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبناً فخرج يصلد فعلم الطبيب أنه ميت فقال اعهد إلى الناس فعهد إليهم وأوصى وجعل الخلافة إلى أهل الشورى فقبل الصحابة عهده وأجمعوا على قبول وصاياه وهكذا ما دامت الحياة باقية يعتبر الثانى مفوتا لها ويكون هو القاتل كما لو قتل عليلاً لا يرجى له البرء[1]

١٢ ـ أما إذا كان فعل الأول قد أخرج المجنى عليه من حكم الحياة كأن قطع حشوته أى قطع أمعاءه وانتزعها ثم جاء الثانى وذبحه فقد اختلف الفقهاء فى حكم هذه الحالة ففريق يرى أن القاتل هو الأول إذا صير المجنى عليه إلى حركة مذبوح لأنه هو الذى صيره بفعله لحالة الموت ومن ثم أعطى حكم الأموات مطلقا والمفروض فيمن يصل لهذه الحالة أن يكون عاجزاً عن النطق فاقداً الإدراك والاختيار وإذا نطق بكلام منتظم فنطقه حركة مضطر كطلب الماء[2]

ويرى الفريق الآخر أن القاتل هو الثانى لأن من قربت روحه من الزهوق

(١) البحر الرائق جـ ٨ ص ٢٩٥ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ مواهب الجليل للحطاب جـ ٦ ص ٢٤٤ الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٣٨

(٢) أصحاب هذا الرأى هم الحنفيون والشافعيون والحنابلة وبعض المالكيين راجع المراجع السابقة

يعتبر في حكم الحياة ما دام لم يسلم الروح وهو يرث غيره وتصح الوصية له إذا مات الموصي قبله وإذا استطاع الكلام فأسلم اعتبر إسلامه وورثه أهله من المسلمين وهو على كل حال إما حي أو ميت ولا سبيل لغير هذين الاعتبارين ، ولا يمكن القول بأنه ميت قبل أن يسلم الروح فهو إذن حي على ما به من إصابات فإذا فعل به أحد فعلاً عجل بموته فهو قاتل عمداً عمداً[1]

١٣ ـ والجنين في بطن أمه لا يعتبر آدمياً حياً من كل وجه ، ويعبر عنه في الشريعة بأنه نفس من وجه دون وجه فمن يعدم الجنين لا يعتبر قاتلا له عمداً وإنما يعتبر مرتكباً لجريمة قتل من نوع خاص ويعاقب على فعله بعقوبة خاصة ، وسنتكلم فيما بعد عن هذه الجريمة ويتفق القانون المصري مع الشريعة في هذا الاتجاه فمن يعدم جنيناً في بطن أمه لا يعاقب على فعله بالعقوبة المقررة للقتل العمد في المادة ١ / ٢٣٤ عقوبات وإنما يعاقب بالمادة ٢٦٠ عقوبات وما بعدها الواردة في الباب الثالث من الكتاب الثالث والخاصة بإسقاط الحوامل .

١٤ ـ وليس لجنسية المجني عليه أو دينه أو لونه أو سنه أو نوعه أو ضعفه أو صحته أي أثر على اعتباره مقتولا عمداً فيستوي أن يكون القتيل أجنبياً أو من رعايا دولة الجاني ويستوي أن يكون متديناً أو غير متدين يعتنق دين القاتل أو ديناً آخر ويستوي أن يكون أبيض أو أسود ، عربياً أو أعجمياً ، صغيراً أو كبيراً ، ذكراً أو أنثى ، ضعيفاً أو قوياً ، مريضاً أو صحيحاً ، ويستوي أن يكون مرضه بسيطاً أو عضالاً يتوقع له الموت أو يرجى له الشفاء ، فمن يقتل إنساناً أياً كان فهو قاتل متعمد ولو كان طبيباً قصد أن يخلص القتيل من آلام مرضه المستعصي

١٥ ـ ووجود جثة القتيل ليس شرطاً لاعتبار جريمة القتل واقعة ، وليس

(١) من هذا الرأي أصحاب المذهب الظاهري وبعض المالكيين . راجع مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٣٣ ، ٢٤٤ والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥٠ والمحلى لابن حزم ج ١ ص ٥١٨

شرطاً لقيام الدعوى ما دامت الأدلة قائمة على حصول واقعة القتل

١٦ — ولا خلاف بين الشريعة وقانون العقوبات المصرى فيما سبق. ولا يشترط القانون المصرى لتوفر هذا الركن أكثر مما سطناه ولكن الشريعة الإسلامية تشترط فوق ما سبق أن يكون القتيل معصوما أى غير مهدر الدم

١٧ — والعصمة أساسها فى الشريعة . الإسلام والأمان ويدخل تحت الأمان عقد الجزية والموادعة والهدنة وعلى هذا يعتبر معصوما المسلم والذمى ومن بينه وبين المسلمين عهد أو هدنة ومن دخل أرض الدولة بأمان ولو كان منتمياً لدولة محاربة ما دام الأمان قائماً ويعتبر الإذن بالدخول أماناً حتى تنتهى مدة الإذن فهؤلاء جميعاً معصومون أى لا تباح دماؤهم ولا أموالهم وإذا قتل أحدهم كان قاتله مسؤولا عن قتله عمداً إن تعمد قتله وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد[1]

أما أبو حنيفة فيرى أن العصمة ليست بالإسلام وإنما يعصم المرء بعصمة الدار ومنعة الإسلام وبالأمان فأهل دار الإسلام معصومون بوجودهم فى دار الإسلام وبمنعة الإسلام المستمدة من قوتهم وجماعتهم وأهل دار الحرب غير معصومين لأنهم محاربون ، وإن كان فيهم مسلم فلا يعصمه إسلامه حيث لا منعة له ولا قوة[2]

والفرق بين رأى أبى حنيفة ورأى بقية الأئمة أن قتل المسلم فى دار الحرب لا عقاب عليه لأنه غير معصوم كما يرى أبو حنيفة وعندهم يعاقب على قتله لأنه معصوم النفس محقون الدم بإسلامه فقط ولا عبرة بوجوده فى دار الحرب

١٨ — وإذا كان أساس العصمة الإسلام والأمان فإن العصمة تزول

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٣١ تحفة المحتاج جـ ٤ ص ١ المغنى ص ٤٧٦ ، ٦ وما بعدها جـ ١٠ ، والإقناع جـ ٤ ص ١٧٣ المغنى جـ ٩ ص ٣٣٥
(٢) راجع بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٥٢ والبحر الرائق جـ ٨ ص ٣٢٧

بزوال الأساس الذي قامت عليه فالمسلم يصبح مهدر الدم بردته وخروجه عن الإسلام والمستأمن والمعاهد يصبح مهدر الدم بانتهاء أمانه ونقضه عهده ، ولا عصمة أصلا لرعايا الدولة المحاربة ويسمى الفرد منهم حربياً اصطلاحاً ، والحربي مهدر الدم أصلا إلا إذا استأمن فأمن فإنه يعصم عصمة موقوتة بمدة أمانة وإلا إذا عقدت دولته عهداً ينهي حالة الحرب مؤقتاً أو دخلت في الذمة فإنه يصبح معصوماً بعقد الموادعة أو عقد الذمة

١٩ — وكما تزول العصمة بالردة وبانتهاء الأمان فإنها تزول بارتكاب بعض الجرائم وهي على وجه الحصر. الزنا من محصن وقطع الطريق والقتل العمد . كذلك تزول العصمة على رأي أبي حنيفة[1] بارتكاب جريمة البغي وهي الخروج على أنظمة الدولة وقوانينها والثورة على القائمين بالأمر فيها ، ويسمى الثائرون بغاة وسنفصل القول فيما يأتي عن كل جريمة من هذه الجرائم[2] .

٢٠ — ويترتب على زوال العصمة أن يصبح الشخص مهدر الدم أي مباح القتل فإذا قتله آخر لا يعتبر قاتلا لأن قتل المهدر لا يعتبر جريمة من حيث فعل القتل إذ الفعل مباح ولكن لما كان قتل المهدرين من شؤون السلطات العامة وموكولا إليها فإن قتل الأفراد لهم يعتبر اعتداء على السلطات العامة ومن ثم يعاقب قاتل المهدر باعتباره مرتكباً لجريمة الافتيات على السلطات العامة لا باعتباره قاتلا وهذا هو الراجح في المذاهب الأربعة[3]

---

(١) يرى أبو حنيفة وأصحابه أن البغاة غير معصومين ويخالفه في ذلك مالك والشافعي وأحمد ويقولون إنهم معصومون إلا في حالة الاشتباك مع أهل العدل وهم الفريق الآخر من الأمة الذي خرج عليه البغاة

(٢) يحسن بالقارئ أن يرجع إلى ما كتبناه عن هذا الموضوع في الجزء الأول من كتابنا حيث تكلمنا عنه بتوسع

(٣) الأصل في الشريعة الإسلامية أن من ارتكب جريمة حوكم عليها فإن ثبتت عليه حكم عليه بالعقوبة المقررة شرعاً وإن لم تثبت حكم ببراءته مما نسب إليه ، وإذا حكم عليه بالعقوبة

٢١ — الحربي : هو من ينتمي لدولة محاربة والإجماع على أنه مهدر الدم فلا يعاقب قاتله باعتباره قاتلاً عمداً وإنما يعاقب لأنه أحل نفسه محل السلطة التنفيذية وافتات عليها بإتيانه عملاً مما اختصت هي به

ولا عقاب على قتل الحربي إطلاقاً إن قتل في ميدان الحرب أو قتل دفاعاً عن النفس في غير ميدان الحرب وفي هذا يتفق حكم الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية

أما إذا قتل الحربي في ميدان الحرب لغير مقتض كأن سقط في أرض الوطن أو استؤسر فقتله من ضبطه أو أسره أو قتله غيرهما فلا يؤاخذ القاتل طبقاً

= يتولى تنفيذها ولي الأمر أو نائبه ومن المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد بأي العقوبات المقررة لجرائم الحدود — إلا الإمام أو نائبه لأن الحد حق الله تعالى أي حق الجماعة فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة ولأن الحد مفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه من الحيف والزيادة على الواجب فوجب تركه لولي الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه .

وحضور الإمام ليس شرطاً في إقامة الحد لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ير حضوره لازماً فقال « اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » وأمر عليه السلام برجم ماعز ولم يحضر الرجم وأتي بسارق فقال « اذهبوا به فاقطعوه »

لكن إذن الإمام واجب في إقامة الحد فما أقيم حد في عهد رسول الله إلا بإذنه وما أقيم حد في عهد الخلفاء إلا بإذنهم (المهذب ج٢ ص٢٨٧) ومما يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أربع إلى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء » — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ — وإذا كانت القاعدة العامة أن إقامة الحد للإمام أو نائبه إلا أنه لو أقامه غيره من الأفراد فإن مقيمه لا يسأل عن إقامته إذا كان الحد متلفاً للنفس أو الطرف أي إذا كان الحد قتلاً أو قطعاً وإنما يسأل باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة ، أما إذا كان الحد غير متلف كالجلد في الزنا والقذف فإن مقيمه يسأل عن إقامته أي أنه يسأل عن الضرب والجرح وما يتخلف عنهما والفرق بين الحالين أن الحد المتلف للنفس أو الطرف يزيل عصمة النفس وعصمة الطرف وزوال العصمة عن النفس يبيح القتل وزوال العصمة عن الطرف يبيح القطع فيصير قتل النفس أو قطع العضو مباحاً ولا جريمة فيما هو مباح أما الحد غير المتلف فلا يزيل عصمة النفس ولا عصمة الطرف فيبقى معصوماً من يرتكب جريمة عقوبتها حد غير متلف وتعتبر إقامة الحد عليه جريمة ما لم تكن الإقامة ممن يملك تنفيذ العقوبة

الشريعة باعتباره قاتلاً لأن الحربى مباح الدم أصلاً كما قلنا لحرابته فعصمته أو أسره لا يعصمه ولا يغير من صفته كحربى ومن ثم يبقى دمه مباحاً بعد العصمة أو الأسر فمن قتله فقد قتل مباح الدم ولا مسئولية عن قتل مباح باعتبار فعل القتل وإنما المسئولية تأتى من كون القاتل اعتدى على السلطة العامة التى موكل إليها أمر من يعصم أو يؤسر من الحربيين فمن هذه الوجهة يسأل القاتل ويعاقب لافتياته على السلطة العامة. هذا هو حكم الشريعة الإسلامية فى هذه الحالة وهو يخالف حكم القوانين الوضعية التى تعتبر الفعل قتلاً عمداً ويعاقب عليه على هذا الاعتبار ولكن الذى يحدث عملاً أن الحاكم تقدر ظروف الجانى والمجنى عليه وتقضى على الجانى بعقوبة مخففة قدر الإمكان، فالنتيجة العملية أن الشريعة تتفق مع القوانين الوضعية من وجهة تقرير عقوبة على فعل الجانى وأن الخلاف واقع فى تصوير الجريمة تصويراً قانونياً فالقوانين تعتبرها قتلاً والشريعة تراها اعتداء على السلطة العامة وكما أن القوانين تعطى للقضاة حق تخفيف العقوبة لظروف الجانى والجناية فإن الشريعة تجيز لولى الأمر أن يرتفع بعقوبة التعزير إلى القتل، وجريمة الاعتداء على السلطة العامة من جرائم التعازير فيستطيع أولياء الأمور إن شاءوا أن يشددوا عقوبتها فى بعض الحالات دون البعض الآخر

٢٢ - المرتد: هو المسلم الذى غير دينه فلا يعتبر غير المسلم مرتداً إذا غير دينه، ويعتبر المرتد مهدر الدم فى الشريعة[1] فإذا قتله شخص لا يعاقب باعتباره

(١) يعتبر المرتد مهدر الدم من وجهين: أولهما: أنه كان معصوماً بالإسلام فلما ارتد زالت عصمته فأصبح مهدراً وأساس العصمة بالإسلام قوله عليه الصلاة والسلام «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله وأنى رسول الله فإن قالوها فقد عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله عز وجل»

ثانيهما: أن عقوبة المرتد فى الشريعة القتل حداً لا تعزيراً لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يحل قتل امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث، كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير نفس» ولقوله «من بدل دينه فاقتلوه» وعقوبة الحد فى الشريعة لا يجوز العفو عنها ولا تأخيرها فيعتبر الجانى مهدراً لوجوب تنفيذ العقوبة فإذا نفذها عليه أى شخص فقد نفذ قتل مهدراً بحد من حدود الله مباح القتل كما لو قتل زانياً محصناً

قاتلا عمداً ، سواء قتله قبل الاستتابة[1] أم بعدها لأن كل جناية على المرتد هدر ما دام باقياً على ردته .

والأصل أن قتل المرتد للسلطات العامة فإن قتله أحد الأفراد دون إذن هذه السلطات فقد أساء وافتات عليها فيعاقب على هذا لا على فعل القتل فى ذاته وعلى هذا الرأى فقهاء المذاهب الأربعة[2] إلا أن فى مذهب مالك رأياً مخالفاً[3] يرى أصحابه أن المرتد غير معصوم ولكنهم يرون مع ذلك أن على قاتله التعزير ودية لبيت المال ، وحجتهم أن المرتد يجب استتابته فهو بعد ردته كافر فمن قتله فقد قتل كافراً محرم القتل فتجب عليه ديته لبيت المال لأنه هو الذى يرث المرتد فكأن أصحاب هذا الرأى يزيلون عصمة المرتد بالردة و يعصمونه بكفره وهو تناقض ظاهر يكفى لهدم رأيهم ، ويمكن الرد عليهم بأنه لما كان مسلما عصمه الإسلام فلما كفر زالت عصمته وأن الكفر لا يعصم صاحبه ، ولكن الذى يعصمه الأمان من ذمة أو عهد أو غيرهما والمرتد لا يدخل تحت واحد منها فلا يمكن اعتباره معصوماً بعد كفره .

وتختلف القوانين الوضعية عن الشريعة الإسلامية فى أنها لا تعاقب على تغيير الدين ويرجع الخلاف إلى الأساس الذى قام عليه كل منهما فالقوانين الوضعية قامت على أساس لا دينى فاقتضى منطقها أن لا يعاقب على تغيير الدين ، والشريعة الإسلامية أساسها الدين الإسلامى فاقتضت طبيعتها العقاب على تغيير الدين الذى أسست عليه

وقد جرى قانون العقوبات المصرى مجرى القوانين الوضعية التى أخذ عنها

(١) يشترط الفقهاء قبل الحكم بعقوبة القتل على المرتد أن يستتاب ويعرض عليه الإسلام من جديد فإن لم يتب قتل حداً

(٢) راجع البحر الرائق ج ٥ ص ١٢٥ والإقناع ج ٤ ص ٣٠١ والمهذب ج ٢ ص ٢٣٨ ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٣

(٣) راجع الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٧٩

فلم ينص على عقاب المرتد ، وعدم النص لا يعني أن الردة مباحة ولا عقاب عليها لأن الردة جريمة معاقب عليها بالقتل حداً طبقا لنصوص الشريعة التي لا تزال قائمة ولا يمكن أن تلغى أو تنسخ بالقوانين الوضعية كما بينا ذلك في الجزء الأول من هذا الكتاب عند الكلام على الركن الشرعي للجريمة فمن يقتل الآن مرتداً لا يعاقب على قتله لأنه أتى فعلا مباحا طبقا للشريعة واستعمل حقا من الحقوق التي قررتها له الشريعة[1]

٢٣ — ارتكاب جريمة من جرائم الحدود عقوبتها القتل : إذا ارتكب شخص جريمة من جرائم الحدود المقدرة حقا لله تعالى عقوبتها القتل أصبح مهدراً وزالت عصمته بارتكابه هذه الجريمة لأن محل الجريمة حد من حدود الله ، والحدود في الأصل واجبة التنفيذ فوراً ولا تحتمل التأخير أو التهاون ، كما أنها لا تحتمل العفو أو إيقاف التنفيذ ، وتزول العصمة من يوم ارتكاب الجريمة لا من يوم الحكم بعقوبتها لأن أساس زوال العصمة هو إتيان الجريمة وليس الحكم بالعقوبة فالزنا من محصن عقوبته الرجم أي القتل ، فإذا أتاه شخص أصبح مهدراً بمجرد ارتكاب الجريمة ، فإذا قتله آخر فقد قتل شخصاً مباح القتل ولا يعاقب على جريمة القتل ما دام أنه يستطيع إثبات وقوع الزنا بالأدلة المقررة لإثبات الزنا فإذا عجز اعتبر قاتلا وعوقب بالعقوبة المقررة للقتل العمد ، على أنه لا يعفى من العقاب إطلاقا إذا أثبت الزنا لأنه يعتبر مفتاتا على السلطات العامة التي اختصت وحدها بتنفيذ العقوبات فيمكن أن يعاقب بعقوبة الافتيات على السلطات العامة

ومثل الزنا من محصن جريمة قطع الطريق المعاقب عليها بالقتل أو القتل والصلب فإن مرتكبها تزول عصمته بارتكابها ويصبح مهدر الدم فمن قتله لا يعاقب على قتله وإنما يعاقب فقط على افتياته على السلطات العامة

وليس في جرائم الحدود المقدرة حقاً لله مايعاقب عليه بالقتل إلا الزنا من محصن

(١) راجع ما كتبناه عن استعمال الحق وأداء الواجب في الجزء الأول من هذا الكتاب

وقطع الطريق والردة وقد تكلمنا عن الردة فى الفقرة السابقة

٢٤ ـ ارتكاب جريمة القتل المعاقب عليها القصاص : يعتبر القتل قصاصاً حداً من حدود الله ولكنه حد مقدر حقاً للافراد وليس حقاً مقدراً لله أى للجماعة ومن ثم فرقنا بينه وبين جرائم الحدود المقدرة حقاً لله كالزنا والردة وقطع الطريق

والقتل الذى يستوجب القصاص من القاتل يزيل عصمة القاتل ويجعله مهدراً من وقت ارتكاب الجريمة إهداراً نسبيا مطلقاً، فهو مهدر فقط بالنسبة لأولياء القتيل ولكنه معصوم بالنسبة لغيرهم، فإذا قتله أحد ولاة دم القتيل فلا يعتبر قاتلاً عمداً لأن لأولياء القتيل فى الشريعة حق استيفاء القصاص من القاتل إذا كان القتل ظلماً وعدوانا تحقيقا لقوله تعالى «وَمَن قتل مَظلوماً فَقَد جَعلنا لوليه سُلطانا» أما إذا قتله من ليس وليا للقتيل فإنه يعتبر قاتلا عمداً لأن القاتل الأول معصوم الدم بالنسبة للقاتل الثانى ، وقد فصلنا الكلام فى هذا الموضوع فى الجزء الأول من هذا الكتاب بمناسبة الكلام على استعمال الحق وأداء الواجب

٢٥ ـ البغى هو الثورة أو الدعوة إلى قلب الأنظمة من غير الطريق المشروع أو بالقوة ، ويسمى الداعون له بغاة ، كما يسمى الفريق المؤيد للحالة القائمة أهل العدل ، والبغاة أمرهم مختلف فيه فيرى مالك والشافعى وأحمد[1] أنهم معصومون إلا فى حالة الحرب بينهم وبين أهل العدل ، وفى حالة مهاجمتهم لأهل العدل ، أو الاعتداء على أموالهم ، ويرى أبو حنيفة[2] أن البغاة غير معصومين فى أى حال وأن دمهم يهدر وعصمتهم تزول بالبغى وطبقا لهذا الرأى لايعاقب قاتل الباغى بعقوبة القتل العمد ، وإنما يعاقب باعتباره مفتاتا على السلطات العامة ، هذا إذا قتله فى غير حرب ، أما القتل فى حالة الحرب فلا يعتبر جريمة باتفاق الفقهاء وطبقا لرأى مالك والشافعى وأحمد يعتبر قاتل الباغى

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٧٨ المهذب جـ ٢ ص ٢٣٦ الإقناع جـ ٤ ص ٢٩٣
(٢) البحر الرائق جـ ٥ ص ١٤٢ البدائع جـ ٧ ص ٢٣٦

قاتلاً عمداً إذا قتله فى غير حرب أو حيال أى دفاع عن النفس .

٣٦ - ولا يزيل العصمة ارتكاب أية جريمة أخرى معاقب عليها بالقتل مادامت العقوبة لا تجب حداً أو قصاصاً . لأن لولى الأمر فى غير جرائم الحدود والقصاص حق العفو عن الجريمة ، وحق العفو عن العقوبة[1] ومن ثم كانت العقوبة غير لازمة حتما وكل عقوبة غير محتمة لا تزيل العصمة ولا تهدر الجانى حتى ولو حكم بهـا لأن من الجائز أن يعفـو ولى الأمر عن العقـوبة فى اللحظة الأخيرة

(١) ليس لولى الأمر حق العفو فى جرائم القصاص ، ولكن لأولياء الدم حق العفو بمقابل أو بغير مقابل وبالرغم من تقرير هذا الحق لأولياء الدم واحتمال عفوهم حتى اللحظة الأخيرة فإن الجانى يصير مهدر الدم لأولياء الدم حتى يعفوا ، فإن عفوا أو عفا أحدهم عاد معصوم الدم كما كان قبل ارتكاب الجريمة وقد يظن أن هناك تناقضا بين حكم هذه الحالة وحكم الجرائم التى لولى الأمر حق العفو فيها ، ففى جرائم القصاص يعتبر الجانى مهدر الدم من وقت ارتكاب الجريمة مع أن لولى الدم حق العفو ، وفى الجرائم التى يملك ولى الأمر فيها حق العفو يعتبر الجانى معصوم الدم إلى وقت تنفيذ العقوبة ، والواقع أنه لا تناقض أصلا ، لأن العقوبة من حق الجماعة لا من حق الأفراد ، وولى الأمر يعتبر ممثل الجماعة ، وقد اقتضت المصلحة العامة حرمان ممثل الجماعة من حق العفو فى جرائم القصاص ، تحقيقا للعدل والمساواة وحفظاً للدماء ، كما اقتضت المصلحة العامة التعجيل فى تنفيذ العقوبة ، فأصبحت عقوبة القصاص بهذا لازمة واجبة التنفيذ من وقت وقوع الجريمة ، واقتضى هذا النظر اعتبار الجانى مهدرا ، فإهدار دم الجانى فى جرائم القصاص اقتضته المصلحة العامة ، أما العقوبات التى يجوز فيها عفو ولى الأمر ، فإن تقرير العفو فيها استوجبته المصلحة العامة أيضا ، فوجب تحقيقاً لهذه المصلحة أن يعتبر الجانى معصوماً مادام العفو ممكناً لأن العقوبة لا تعتبر لازمة ولا واجبة التنفيذ حتما مادام العفو محتملا ، فالإهدار فى جرائم القصاص استوجبته المصلحة العامة ، والعصمة فى غيرها اقتضتها المصلحة العامة ، وليلاحظ فوق هذا أن ولى الأمر حين يعفو إنما يعفو عن حق الجماعة وهو حق عام ، وأن ولى الدم حين يعفو عن حقه فى القصاص إنما يعفو عن حقه وهو حق خاص ، ولا يمكن أن يرتب على العفو عن حقين مختلفين فى طبيعتهما نتائج واحدة

وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة فى هذه النقطة ، حيث تعتبر القوانين الجانى معصوما ولو حكم عليه بالإعدام ، ولكنها تخالف الشريعة فى تعميم هذا الحكم بالنسبة لكل الجرائم وأساس هذا الخلاف أن جرائم الحدود والقصاص فى الشريعة لا تقبل العفو ولا تحتمل الإمهال والتأخير فى تنفيذ العقوبة فاقتضى هذا اعتبار مرتكب الجريمة المعاقب عليها بالقتل مهدراً من يوم ارتكاب الجريمة لأن من الواجب توقيع العقوبة عليه فوراً ، ولأن العقوبة لازمة محتمة ، أما القوانين الوضعية فتجيز العفو فى كل الجرائم ومن ثم كانت العقوبة فيها غير لازمة حتما كما هو الشأن فى الشريعة فى غير جرائم الحدود والقصاص،وقد اقتضى هذا المنطق اعتبار الجانى معصوما حتى بعد صدور الحكم عليه بالإعدام لجواز العفو عنه

٢٧ — وقت العصمة : لمعرفة وقت العصمة أهمية كبرى ، لأن تحديد مسؤولية الجانى يتوقف على معرفة حال المجنى عليه ، فإن كان معصوما . فالجانى مسؤول عن قتله ، وإن كان مهدراً فلا مسؤولية

وقد اختلف فى تحديد وقت العصمة ، فأبو حنيفة يرى أن وقت العصمة هو وقت الفعل لا غير فإن كان المجنى عليه معصوما وقت الفعل ، فالجانى مسؤول عن فعله وإلا فلا ، وإذا جرح مسلماً بقصد قتله ثم ارتد المجروح بعد الجرح ومات وهو مرتد فإن الجارح لا يسأل عن القتل ، وإنما يسأل فقط عن الجرح الذى أحدثه فى معصوم ، وحجته أن مسؤولية الجانى عن القتيل لا تحت فعل الجانى وإنما تحت بحدوث القتل فعلا ، وفعل الجانى لا يصبح قتلا إلا بفوات حياة المقتول ، وقد فاتت حياة المقتول فى وقت لم يكن فيه معصوما ، فكان القتل هدراً

ويرى أبو يوسف ومحمد ، أن وقت العصمة هو وقت الفعل ووقت الموت جميعاً وحجتهما أن الفعل تعلقا بالقاتل والمقتول لأنه ـ فعل القاتل وأثره ـ يظهر فى المقتول بفوات الحياة ، فلابد من اعتبار العصمة فى الوقتين جميعاً ، والظاهر

أنه لا فرق بين رأى أبى حنيفة ورأيهما إذا اعتبرنا حجة أبى حنيفة ، لأنه استند فى حجته إلى وقت الموت وبنى مسئولية الجانى عن القتل على أساس أن المجنى عليه لم يكن معصوما وقت أن أصبح الفعل قتلا ، أى وقت موت المجنى عليه ، فكأنه بهذا ينظر إلى وقت الفعل ووقت الموت معا ، وهذا نفس مايقول به أبو يوسف ومحمد.

ويرى ـ زفر ـ أن وقت العصمة هو وقت الموت لا غير .

ويختلف أبو حنيفة مع أبى يوسف ومحمد فى تحديد وقت العصمة عند الرمى فيرى أبو حنيفة أن وقت العصمة هو وقت الرمى لا وقت الإصابة ، ويرى أبو يوسف ومحمد أن وقت العصمة هو وقت الإصابة لا وقت الرمى ، وحجة أبى حنيفة أن مسئولية الجانى تترتب على فعله ، ولا فعل منه غير الرمى ، ولا يدخل فى قدرته غيره ، فيصير قاتلا به إذا كان المجنى عليه معصوما عند الرمى ، وحجتهما أن العبرة بوقت التلف وهو وقت الإصابة ، فإن حصل التلف فى محل معصوم استحق الجانى العقوبة وإن كان المحل غير معصوم وقت التلف فلاعقوبة وعلى هذا لو رمى شخص آخر برصاصة ، فارتد المجنى عليه بعد الرمى وقبل أن يصاب فالجانى مسئول عند أبى حنيفة لأن المجنى عليه كان معصوما وقت الرمى وأما عندهما فهو غير مسئول لأن المجنى عليه لم يكن معصوما وقت الإصابة[1] .

ويرى أصحاب مالك والشافعى وأحمد ، أن وقت العصمة هو وقت الفعل ووقت الموت ، ولكن الفقهاء فى المذاهب الثلاثة يختلفون فى تحديد وقت العصمة حالة الرمى ، فيرى بعضهم أنه وقت الرمى ، ويرى البعض الآخر أنه حالة الإصابة[2] .

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٢٦ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٣

(٢) مواهب الجليل ج٦ ص ٢٤٤ المغنى ج ٩ ص ٣٤٧ وما بعدها

وقد وضع فقهاء المذهب الشافعي قاعدة لتغير حال المجني عليه بين العصمة والإهدار فقالوا

« إن كل جرح وقع أوله غير معصوم لا ينقلب مضمونا بتغير الحال في الانتهاء وما تضمن فيهما يعتبر قدر الضمان فيه بالانتهاء » فإذا جرح شخصا حربيا أو مرتداً ثم أسلم الحربي أو المرتد ومات من جرحه بعد إسلامه فلا مسؤولية على الجارح لأن الجرح وقع غير معصوم ، أي وقع على مهدر ، فلا جريمة في فعله ، وإذا جرح مسلما فارتد بعد الجرح ثم مات من جرحه فلا يسأل الجاني إلا عن الجرح والنفس هدر ، لأن الفعل أصبح قتلا أثناء الردة ، وقتل المرتد لاعقوبة عليه ، ولو قتله مباشرة بعد الردة لم يكن مسؤولا عن قتله ، ويرى البعض أنه لايسأل حتى عن الجرح من باب أولى مادام غير مسؤول عن النفس[1]

الركن الثاني

القتل نتيجة لفعل الجاني

٢٨ ـ فعل يحدث من الجاني ـ يشترط لتحقق هذا الركن أن يحدث القتل بفعل الجاني ، وأن يكون من شأن هذا الفعل إحداث الموت ، فإن كان القتل نتيجة لفعل لا يمكن نسبته إلى الجاني أو لم يكن فعل الجاني مما يحدث الموت فلا يمكن اعتبار الجاني قاتلا

٢٩ ـ نوع الفعل ـ ولا يشترط أن يكون الفعل من نوع معين لاعتباره قتلا فيصح أن يكون ضربا أو جرحا أو ذبحا أو حرقا أو خنقا أو تسميما

(١) نهاية المحتاج ص ٢٦٤ وما بعدها

أو غير ذلك ، ويصح أن يقع الفعل من الجانى مرة واحدة ، ويصح أن يقع على التوالى فى مدة طالت أو قصرت

٣٠ ـ أداة الفعل ووسيلته ـ ولما كان العرف قـــد خصص لـكل آلة استعمالا ، ولـكل فعل من الأفعال القاتلة أداة أو وسيلة تحدثه أو يحـــدث بهـــا ولا يمكن أن يحدث الفعل القـــاتل بغيرها ، ولمـا كانت الوسائل والأدوات القاتلة تختلف اختـلافاً بينا فى قوتها وصنعهـــا وأوجه استعمالها وتأثيرها على الجسم وتأثر الجسم بهـــا ، فقد رأى أكثر الفقهاء أن يرتبوا على اختلاف طبائع هذه الوسائل وآثارها ، اختلاف أحكامها وشروطها وسنبين فيما يلى آراء الفقهاء المختلفة .

٣١ـ رأى مالك . ولا يشترط الإمام مالك شروطـاً خاصـــــة فى الفعل القاتل أو فى أداة القتل فعنده « أن كل ما تعمده الإنسان من ضربة بلطمة أو بلـكزة أو بندقية أو بحجر أو بقضيب أو بغير ذلك كل هذا قتل عمد ، إذا مات فيه المجنى عليه » ، « وأن هناك أشياء يتعمد الإنسان فعلها مثل الرجلين يصطرعان فيصرع أحدهما صاحبه أو يتراميان بالشيء على وجه اللعب أو يأخذ أحدهما برجل الآخر على حال اللعب ، فيسقط فيموت من هذا كله ، فهـذا هو القتل الخطأ ولايكون قتلا عمداً لأن الجانى تعمده على وجه اللعب ، فإذا تعمده على وجه القتال والغضب فصرعه فمات ، أو أخذ برجله فسقط فمـات فهو قتل عمد[1] » .

هذا هو نص المدونة ، وظاهر منه أنه لا يشترط فى الفعل القـاتل أو أداة القتل شروطاً خاصة ، فاللطمة وهى لا تقتل غالباً ولا كثيراً تعتبر قتلا عمداً إذا مات منها المجنى عليه ، وكذلك الضرب بالقضيب أى العصا والأخذ برجل المجنى

(١) راجع مدونة الإمام مالك ج ١٦ ص ١٠٨ ـ العبارات التى وضعت بين قوسين هى نص المدونة مع تصرف اقتضاه ربط العبارات

عليه ومصارعته وقذفه بحجر كبير أو صغير ، ولا يشترط لاعتبار كل هذا قتلا عمداً إلا أن يتعمد الجانى الفعل على وجه العدوان ولو لم يقصد القتل .

ولكن بعض فقهاء المالكية بالرغم من ذلك يعرفون القتل العمد بأنه إتلاف النفس بآلة تقتل غالباً أيًّا كان نوعها ، أو بإصابة المقتل كعصر الأنثيين وشدة الضغط والخنق[1] ، وظاهر من هذا التعريف أنهم يرون أن تكون آلة القتل مما يقتل غالباً .

ويرى البعض الآخر أن الفعل يعتبر قتلا عمداً سواء كانت أداة القتل مما يقتل غالبا كالسيف ، أو مما لا يقتل غالباً كالعصا ، وكل ما يشترطونه لاعتبار القتل عمداً أن لا يكون الفعل قد وقع بقصد اللعب أو التأديب[2] ، وهذا الرأى هو الذى يتفق مع ما يقول به مالك من تقسيم القتل إلى عمد وخطأ فقط لأن الفعل إما أن يكون عمداً أو خطأ ، ولا يمكن اعتبار القتل بآلة لا تقتل غالباً كالعصا قتلا خطأ مع تعمد الجانى الفعل وقصده القتل .

٣٢ – **رأى الشافعى وأحمد** ويشترط الإمامان الشافعى وأحمد أن يكون القتل مما يقتل غالباً ، ولو كانت الأداة مثقلا لا يجرح[3] ، فإن لم تكن الأداة قاتلة غالباً فالقتل ليس عمداً وإنما شبه عمد

وأدوات القتل على ثلاثة أنواع : نوع يقتل غالباً بطبيعته كالسيف والسكين والرمح والإبرة المسممة والبندقية والمسدس وعمود الحديد والعصا الغليظة ، ونوع يقتل كثيراً بطبيعته ولا يقتل غالباً ، كالسوط والعصا الخفيفة ، ونوع يقتل نادراً بطبيعته كالإبرة غير المسممة واللطمة والوكزة

وما يقتل كثيراً أو نادراً بطبيعته قد يقتل غالباً فى بعض الظروف . كمرض المجنى عليه أو صغره أو لوقوع الإصابة فى مقتل ، ولمعرفة ما إذا كانت الأداة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠
(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥
(٣) المثقل ما ليس له حد يجرح ولا سن بطعن كالعصا والحجر

من هذين النوعين ، تقتل غالبا أم لا ، يجب أن لا ننظر إلى الأداة وحدها مجردة عن كل ظروف أخرى ، بل علينا أن ننظر إلى الأداة وينظر معها إلى صورة الفعل وظروفه وإلى حال المجني عليه وموقع الفعل من جسمه وأثر الفعل فيه

فإذا كانت الأداة تقتل غالبا مع إدخال أحد هذه العناصر أو كلها في الحساب فالفعل قتل عمد ، وإذا كانت الأداة لا تقتل غالباً مع النظر إلى أي عنصر من هذه العناصر فالفعل قتل شبه عمد ، فمثلا السوط أداة عدوان ، والعصا الخفيفة كذلك والضرب بأيهما لا يقتل غالباً وإن قتل كثيراً ، ولكن تعدد الضربات وموالاتها يقتل غالباً ، والضرب بأيهما في الحر الشديد والبرد الشديد يقتل غالباً وضرب الصغير والمحرور والمريض والضعيف بالسوط والعصا الخفيفة يقتل غالباً والضرب بهما في مقتل كالبطن يقتل غالباً ، وكذلك الضرب في غير مقتل إذا أدى إلى الموت في الحال ، أو ترك آثاراً وآلاماً انتهت بالموت ، وإذا كانت أداة القتل لا تقتل إلا نادراً كالإبرة غير المسممة ، فإنها تعتبر مما يقتل غالباً إذا بولغ في إدخالها في غير مقتل ، أو إذا غرزت في مقتل كالحلق والخاصرة والمثانة أو في مكان حساس أو إذا أدى غرزها إلى الموت في الحال ، والموت في الحال مختلف فيه ، فيرى البعض أنه قتل عمد ، ويراه البعض أنه شبه عمد ، لأن المفروض أن الآلة لا تقتل غالباً وما دامت الإصابة في غير مقتل ، وليس في ظروف الفعل أو صورته ، أو حال المجني عليه ما يجعل الفعل قاتلا في الغالب . أو ترك آلاما وآثاراً انتهت بالموت[1]

٣٣ - رأي أبي حنيفة: ويشترط الإمام أبو حنيفة في أداة القتل أكثر مما يشترطه الإمامان الشافعي وأحمد ، فهو يشترط مثلهما أن تكون أداة القتل

---

(١) راجع في مذهب الشافعي نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٨ وما بعدها وحاشية البجيرمي على المنهج ج٤ ص ١٣ وما بعدها ، وتحفة المحتاج ج ٤ ص٣ وما بعدها ، والمهذب ج٢ ص١٨٧ وما بعدها - راجع في مذهب ابن حنبل المغني ج ٩ ص ٣٢١ وما بعدها والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٢ وما بعدها والإقناع ج ٤ ص ١٦٣ وما بعدها

مما يقتل غالبا ، ويشترط أكثرهم أن تكون الأداة مما يعد للقتل ، ولا يعني عنده الشرط الأول عن الأخير ، والآلة المعدة للقتل عنده ، هي كل آلة جارحة أو طاعنة ذات حد لها مور في الجسم ، سواء كانت من الحديد أو النحاس أو الخشب أو غير ذلك كالسيف والسكين والرمح والإبرة وما أشبه ذلك ، أو ما يعمل عمل هذه الأشياء في الجرح والطعن كالنار والزجاج والمروة والرمح الذي لاسنان له ونحو ذلك وهناك رواية أخرى عن أبي حنيفة بأن الأداة المعدة للقتل هي ما كانت من الحديد ولو لم تكن جارحة أو طاعنة كالعمود وصنجة الميزان وظهر الفأس ، ويلحق بالحديد ما هو في معناه كالرصاص والنحاس وغيرهما من المعادن

فعلى هذه الزاوية العبرة بالحديد وما هو في حكمه سواء جرح أو لم يجرح وعلى الرواية السابقة ، العبرة بالجارح أو الطاعن ، سواء كان من حديد أو غير حديد وهي الزاوية الراجحة

وإذا كانت الآلة مما يقتل غالبا ، وكانت معدة للقتل كالسيف أو البندقية ، فالفعل قتل عمد في رأي أبي حنيفة ، أما إذا كانت الآلة مما يقتل غالبا ولكنها ليست جارحة ولا طاعنة فالفعل قتل شبه عمد في رأيه ، ولو كانت الآلة مدققة مكسرة كالخشبة الكبيرة والحجر الثقيل والصور الآتية لاتعتبر في رأي أبي حنيفة قتلاً عمداً ، ولو كانت نية الضارب منصرفة للقتل وإنما هي في رأيه قتل شبه عمد

١ — أن يقصد الجاني القتل بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو بلطمة مما لا يقتل غالبا وبشرط أن لا تتوالى الضربات وذلك لأن الأداة لا تقتل غالبا ولأنها غير معدة للقتل ، ولكن هذه الصورة تعتبر قتلا عمداً عند مالك دون شرط ، وتعتبر قتلا عمداً عند الشافعي وأحمد إذا كانت صورة الفعل أو ظرفه أو حال المجني عليه أو موقع الإصابة وأثرها في جسمه مما يجعل الأداة قاتلة غالبا

٢ — أن يقصد الجاني القتل بما لا يقتل غالبا مع موالاة الضربات حتى يموت

الجاني عليه هذه الصورة لا تعتبر قتلا عمداً عند أبي حنيفة ، لأن أداة القتل لا تقتل غالبا ، ولأنها غير معدة للقتل ، أما عند مالك والشافعي وأحمد فهي قتل عمد ، وقد اعتبرها مالك عمداً لمجرد تعمد الفعل بقصد العدوان ، أما الشافعي وأحمد فقد اعتبرا هذه الصورة قتلا عمداً ، لأن موالاة الضرب حتى الموت تجعل أداة القتل قاتلة غالباً ويكفي عندهما كما قدمنا أن تكون الأداة قاتلة غالبا ليكون الفعل قتلا عمداً

٣ - أن يقصد الجاني القتل بمثقل يقتل غالباً ، أي بأداة ثقيلة ليست جارحة ولا طاعنة . كدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الغليظة وما أشبه ، وهذه الصورة أيضا لا تعتبر عند أبي حنيفة قتلا عمداً لأن الأداة وإن كانت تقتل غالبا إلا أنها ليست مما يعد للقتل

ولكن مالكا والشافعي وأحمد يعتبرون هذه الصورة من صور القتل العمد ويأخذ أبو يوسف ومحمد من فقهاء مذهب أبي حنيفة رأي الأئمة الثلاثة فيعتبران هذه الصورة قتلا عمداً مخالفين رأي أبي حنيفة، ورأيهما هو الراجح في المذهب[1]

على أن موافقة أبي يوسف ومحمد للأئمة الثلاثة ، لا تعني الأخذ برأي أحدهم وترك رأي صاحبهما أبي حنيفة، فإنهما قد وافقا الأئمة الثلاثة على تمسكهما بقاعدة أبي حنيفة وهي اشتراط أن تكون الآلة مما يقتل غالبا وأن تكون معدة للقتل ، وكل ما في الأمر أنهما اعتبرا المثقل أداة معدة للقتل على اعتبار أن المثقل يستعمل غالبا في القتل فأصبح بهذا الاستعمال أداة قاتلة ، وما دام المثقل أداة تقتل غالبا ومعدة للقتل فالقتل به قتل عمد على شرط أبي حنيفة ، وهكذا جاء اتفاقهما مع الأئمة الثلاثة نتيجة لمخالفة أبي حنيفة في اعتبار المثقل أداة معدة للقتل، لا نتيجة للأخذ برأي أحد من الأئمة الثلاثة

٣٤ - أساس الخلاف بين مالك والفقهاء الثلاثة : أساس الخلاف أن

(١) راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ - والبحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ ، والزيلعي ج ٦ ص ٩٨

مالكا لا يعترف بالقتل شبه العمد ، ويرى أنه ليس فى كتاب الله إلا العمد والخطأ فمن زاد قسماً ثالثا زاد على النص ، ذلك أن القرآن نص على القتل العمد والقتل الخطأ فقط ، ولم ينص على غيرهما فقال تعالى ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ، ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليماً حكيما . ومن يقتل مؤمنا متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما ﴾ [النساء ٩٢ ـ ٩٣]

والقتل العمد عند مالك هو كل فعل تعمده الإنسان بقصد العدوان فأدى للموت أيا كانت الآلة المستعملة فى القتل، أما ما تعمده على وجه اللعب أو التأديب فهو قتل خطأ إذا لم يخرج الفعل عن حدود اللعب والتأديب المعروفة وكان بآلة اللعب والتأديب المعدة لها ، فإن خرج عن ذلك فهو قتل عمد .

ومن طبيعة تقسيم القتل إلى عمد وخطأ أن يكتفى بتعمد الجانى الفعل على وجه العدوان دون النظر إلى الآلة المستعملة فى القتل ، لأن اشتراط شروط فى الآلة كأن تكون قاتلة غالبا أو معدة للقتل يقتضى أن تكون كل الأفعال المتعمدة التى تحصل بآلة لا تقتل غالبا كالعصا الخفيفة والسوط ، فلا خطأ حتى مع تعدد الضرب وموالاته كما يقتضى أن تكون الأفعال المتعمدة التى تحصل بما لم يعد للقتل كإسقاط حائط على إنسان ، أو إلقائه من شاهق أو ضربه بعصا غليظة قتلا خطأ ، وهذا ما لم يقل به أحد قط ، فطبيعة تقسيم القتل إلى عمد وخطأ هى التى اقتضت من مالك أن لا يشترط فى الآلة القاتلة أى شرط، وسواء كانت الآلة تقتل غالبا أم تقتل كثيراً أو نادراً فالقتل عمدٌ ما دام الفعل عمدا وبقصد العدوان ، بل إن هذا التقسيم اقتضى أن لا يشترط حتى قصد القتل ، لأن اشتراطه يخرج بكثير من حالات العمد و يجعلها خطأ ، وهى ليست كذلك.

٣٥ ـ أما بقية الأئمة فيرون أن القتل عمد وشبه عمد وخطأ ، وحجتهم فى شبه العمد حديث الرسول : « ألا إن فى قتيل الصوت الحديث » فاقتضت منهم طبيعة هذا التقسيم أن يفرقوا بين نوعين من الأفعال المتعمدة هما : القتل العمد والقتل شبه العمد وقد استعانوا فى التفرقة بين هذين النوعين بمعيار صالح للتمييز هو قصد القتل ، فإذا قصد الجانى القتل ، فالفعل قتل عمد ، وإذا لم يقصده فهو قتل شبه عمد ، لكنهم وجدوا أن القصد أمر داخلى متعلق بنية الجانى وقلما يطلع الآخرون عليه ، وأن وجوده يكون دائماً مشكوكاً فيه ما لم يدل عليه دليل خارجى فإذا وجد هذا الدليل الخارجى زال الشك ، ومن ثم رأوا أن قيام قصد القتل فى نية الجانى لا يكفى وحده لثبوته ، واشترطوا لاعتبار القصد ثابتاً أن يكون من ثبوته دائماً عن طريق الوسيلة أو الآلة التى ارتكبت بها الجريمة لأنها تعبر عن نية الجانى وقصـــده من الجريمة ، ولأنها هى الدليل الخارجى الظاهر على نية الجانى ولما أرادوا تحديد هذا الدليل الخارجى اختلفوا فرأى الشافعى وأحمد أن الدليل على قصد القتل هو استعمال آلة أو وسيلة تقتل غالبا ورأى أبو حنيفة أن الدليل الخارجى على قصد القتل هو استعمال آلة أو وسيلة تقتل غالباً على أن تكون الآلة والوسيلة مما يعد للقتل .

٣٦ ـ كيف يثبت قصد القتل ؟ ـ ويخلص مما سبق أن قصد القتل يثبت من وجهين : أولاـ عن طريق الآلة المستعملة فى الجريمة ثانياًـ عن طريق الأدلة العادية كالاعتراف ، وشهادة الشهود ولكن لا يمكن أن يعتبر القصد ثابتا بأى حال مالم يثبت قصد القتل عن الطريق الأول ،لأن كل إثبات يجىء عن الطريق الثانى يعتبر مشكوكا فيه حتى يزول الشك بثبوت القصـد عن طريق الآلة أو الوسيلة المستعملة فى القتل .

واعتبار القصد الجنائى ثابتا باستعمال آلة قاتلة ليس قرينة قاطعة ولا دليلا غير قابل للنفى ، فيجوز للجانى أن يثبت أنه لم يستعمل الآلة القاتلة بقصد القتل فإذا استطاع إثبات دفاعه ، انتفى وجود قصد القتل واعتبر الفعل قتلا شبه عمد

٣٧ ـ أساس الخلاف بين الشافعي وأحمد وبين أبي حنيفة : ـ أما الخلاف بين الشافعي وأحمد من جهة وبين أبي حنيفة من جهة أخرى فأساسه اختلاف وجهة النظر في تحديد معنى القتل العمد فأبو حنيفة يرى أن عقوبة القتل العمد عقوبة متناهية في الشدة ، وهذا يستدعي أن تكون جريمة العمد متناهية في العمد، بحيث يكون القتل عمداً محضاً لا شبهة فيه لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « العمد قود » فشرط العمد مطلقاً من كل قيد والعمد المطلق هو العمد الكامل من كل وجهة ، أو هو العمد الذي لا شبهة فيه ، فلا يعتبر العمد كاملا مع قيام الشبهة ووجودها ، ذلك أن الفرق بين العمد وشبه العمد هو قصد القتل فقط ، فيجب أن يكون القصد بحيث لا شبهة فيه ، والشبهة لا تكون إذا كان القتل بآلة تقتل غالباً ومعدة للقتل ، لأن استعمال هذه الآلة يظهر جلاء قصد الجاني بحيث لا يدخله الاحتمال ولا الشبهة ، فما كان هكذا اعتبر العمد فيه كاملاً من كل وجه وكان قتلاً عمداً ولهذا اعتبر أبو حنيفة القتل بضربة أو ضربتين على قصد القتل قتلا شبه عمد ، ولم يعتبره قتلا عمداً ، لأن الضربة أو الضربتين مما لا يقصد به القتل عادة ، بل يقصد به التأديب والتهذيب عادة ، فكان هذا الاعتبار شبهة في القصد، والقتل العمد لا يعتبر موجوداً مع قيام الشبهة في القصد ، وكذلك اعتبر للموالاة في الضرب بقصد القتل قتلا شبه عمد إذا أدى الضرب للموت ، لأنه يحتمل حصول القتل بضربة أو ضربتين على سبيل الاستقلال دون حاجة إلى الضربات الأخر ، والقتل بضربة أو ضربتين لا يكون عمداً كما تبين مما سبق لاحتمال أن الضربة والضربتين قصد بها التأديب والتهذيب ، والقاعدة عند أبي حنيفة أنه إذا جاء الاحتمال ، جاءت الشبهة ، ، وإذا جاءت الشبهة امتنع القول بتوفر قصد القتل وبالتالي بتوفر القتل العمد

أما في المثقل فيرى أبو حنيفة أن استعمال آلة تقتل غالباً ولكنها غير معدة للقتل هو في ذاته دليل على عدم القصد ، لأن الأصل عنده ، أن كل فعل يحصل

بالآلة المعدة له. فإذا حدث بآلة لم تعد له احتمل أن الفاعل لم يقصد هذا الفعل بالذات وهذا الاحتمال شبهة، والشبهة تمنع القول بالقتل العمد.

٣٨ - أما الشافعى وأحمد. فمن رأيهما أن الاكتفاء بأن تكون الآلة قاتلة غالباً أياً كان نوعها. لأنها إذا كانت كذلك فهى بذاتها دليل على توفر قصد القتل وانتفاء قصد التأديب والتهذيب، فإذا انضم هذا إلى وجود قصد القتل فى نية الفاعل، كان العمد كاملاً لا شبهة فيه، ووجب اعتبار الفعل قتلا عمداً.

وعلى هـــذا الأساس اعتبرا الضربة والضربتين بعصا خفيفة قتلا عمداً إذا كانت الآلة تقتل غالباً لظروف المجنى عليه أو الفعل أو غير ذلك، كما أنهما اعتبرا الموالاة فى الضرب قتلا عمداً لأن الموالاة تجعل الآلة قاتلة غالباً، واعتبرا الضرب بالمثقل قتلا عمداً لأنه يقتل غالباً فكان استعماله دليل القصد إلى القتل، فإذا انضم هذا إلى أصل القصد الكامن فى نية الجانى، كان العمد كاملا لا شبهة فيه.

٣٩ - موقف أبى يوسف ومحمد من أبى حنيفة - خالفاه فى المثقل واعتبرا القتل به قتلا عمداً، بينما اعتبر أبو حنيفة القتل بالمثقل قتلا شبه عمد كما بينا، وحجتهما أن الضرب بالمثقل مهلك غالباً، وأنه لا يستعمل فى الضرب إلا بقصد القتل، فجعله هذا الاستعمال أداة معدة للقتل، ومن ثم كان استعماله باعتباره آلة تقتل غالباً ومعدة للقتل دليلا على قصد القتل كاستعمال السيف، ووجب اعتبار الفعل قتلا عمداً لانتفاء الشبهة فى القصد ولوجود العمد كاملا[1].

٤٠ - بين الشريعة والقانون. - لا تفترق آراء شراح القوانين كثيراً عن آراء الفقهاء التى عرضناها فشراح القوانين يفرقون كما يفرق الفقهاء بين الفعل القاتل ووسيلة القتل، ويشترط الشراح عموماً فى القتل الموقوف أو الخائب الأثر أن تكون الوسائل المستخدمة فيه مما يحدث الموت، لأن تخلف هذا الشرط يجعل الجريمة مستحيلة الوقوع بالوسيلة التى استخدمها الجانى.

---

(١) راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٤ والبحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٨

٤١ ـ ويختلف الشراح فيما إذا كانت وسيلة القتل لاتحدث القتل غالباً، وكانت تحدثه في الكثير أو النادر، كمن يلطم آخر أو يلكزه أو يضربه بعصا رفيعة، أو يجرحه في غير مقتل وهو قاصد قتله. فيرى البعض وهم أصحاب النظرية المستحيلة أن الفعل إذا لم يؤد للوفاة لا يعتبر شروعاً في قتل عمد، لأن نية القتل عندهم لا تكفي وحدها لاعتبار القتل عمداً، بل يجب أن تكون أداة القتل من شأنها إحداث القتل ـ أي مما يقتل غالبا ـ لأن الجرح والضرب قد يقتل كثيراً أو نادراً وليس هذا شأن اللطم واللكز والضرب الخفيف والجرح في غير مقتل وعلى هذا الأساس، يعتبرون الضرب والجرح في هذه الحالة ضرباً عادياً.

ويرى البعض الآخر أن مثل هذه الأفعال يصح أن تكون شروعاً في قتل لأنها تؤدي غالباً للموت إذا تكرر وقوعها أي مع موالاة الضرب والجرح أو تعدد الإصابات، ورأي الفريق الأول يتفق مع رأي أبي حنيفة في الضرب البسيط وضرب الموالاة، كما يتفق مع رأي أبي يوسف ومحمد في الضرب بالمثقل، لأنهم ينظرون إلى طبيعة أداة القتل دون نظر إلى تعدد الفعل وظروفه وحال المجني عليه وأثر الفعل فيه، أما رأي الفريق الثاني فيتفق تماما مع رأي الشافعي وأحمد ومن باب أولى مع رأي مالك. ويلاحظ أن نقطة الاتفاق فيما يختص بأداة القتل فقط لا فيما يختص بالمسئولية عن الفعل.

٤٢ ـ أما إذا أعقب الضرب والجرح البسيط حدوث الموت، فعامة الشراح في فرنسا على أن الفعل يعتبر ضرباً أفضى إلى الموت إذا أمكن القطع بأن الوفاة نشأت عن الضرب والجرح. أما إذا كان من المرجح أن مرض المجني عليه السابق على الواقعة أو التالي لها، أو إهماله العلاج هو الذي سبب الموت، فلا يسأل الجاني إلا عن الضرب فقط دون الموت، ولو أن المجني عليه لم يمت إلا على أثر الضرب أو الجرح لأن الموت في نظر هؤلاء الشراح لم يكن نتيجة مباشرة لفعل الجاني. أي أن فعل الجاني لم يكن السبب المنتج، بل هو سبب

عارض فقط ، وهذا يتفق كل الاتفاق مع رأى أبى حنيفة فى القتل العمد عموما كما يتفق مع رأى أبى يوسف ومحمد فى مسألة المثقل[1].

٤٣ ـ الأفعال المتصلة بالقتل : ـ والأفعال التى تتصل بالقتل لا تعدو فعلا من ثلاثة فهى : إما مباشرة وإما سبب وإما شرط والتمييز بين هذه الأفعال ضرورى للتمييز بين القاتل وغير القاتل[2]

٤٤ ـ المباشرة : ـ ويعرف الفقهاء المباشرة بأنها ما أثر فى التلف وحصله أى ما جلب الموت بذاته دون واسطة وكان علة له كالذبح بسكين ، فإن الذبح يجلب الموت بذاته . وهو فى الوقت نفسه علة الموت ، وكالخنق فإنه متلف بذاته للمجنى عليه ، وهو فى الوقت نفسه علة تلفه ـ أى ما أتلف المجنى عليه وكان علة تلفه

٤٥ ـ ويعرفون السبب: بأنه ما أثر فى التلف ولم يحصله ، أى ما كان علة للموت ولكنه لم يحصله بذاته وإنما بواسطة كشهادة الزور على برىء بالقتل فإنها علة للحكم عليه بالإعدام ، ولكنها لا تجلب بذاتها الإعدام وإنما الذى يجلبه فعل الجلاد الذى يتولى تنفيذ الحكم ، وكذلك حفر بئر وتغطيتها فى طريق المجنى عليه بحيث يسقط فيها ويموت من سقطته .

والسبب على ثلاثة أنواع . ـ ١ حسى . كالإكراه ، فإنه يولد فى المكره داعية القتل .

٢ ـ شرعى . كشهادة الزور على القتل ، فإنها تولد فى القاضى دواعى الحكم بالإعدام .

٣ ـ ما يولد المباشرة توليداً عرفياً لا حسياً ولا شرعياً كتقديم الطعام المسموم إلى الضيف ، وحفر بئر وتغطيتها فى طريق القتيل

(١) راجع أحمد بك أمين ص ٣٠٩ والموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٦٨٥ ، ٦٨٧
(٢) راجع نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٢٤٠ ـ الوجيز ج ٢ ص ١٢٢ ومابعدها للامام الغزالى

فإن حجر البئر علة للموت ولكن الحجر ليس هو الذى أمات المجنى عليه ، وإنما السقطة هى التى أماتت ، والسبب يشبه المباشرة من وجه ، وكلاهما علة للموت فمعنى ذلك أن الفعل المباشر المؤدى للموت متولد عن السبب

٤٦ ـ الشرط ـ هو مالا يؤثر فى التلف ولا يحصل بل يحصل التلف عنده بغيره ويتوقف تأثير ذلك الغير عليه ، أى هو مالا يكون علة للموت ولا يجلب الموت ، أو هو كل فعل لم يتلف المجنى عليه ، ولم يكن علة فى تلفه ، ولكن وجوده جعل فعلا آخر متلفاً أو علة فى التلف ، ولولا وجوده ما كان لهذا الفعل الآخر ذلك التأثير ، ومثل ذلك أن يلقى إنسان بآخر فى بئر حفره ثالث بغير غرض القتل ، فيموت الثانى ، فإن ما أثر فى التلف وحصله هو الإلقاء لا حفر البئر ، ولكن الإلقاء ما كان يمكن أن يكون له الأثر الذى حدث لولا وجود البئر .

٤٧ ـ المسؤولية عن المباشر والمتسبب والشرط ـ صاحب الشرط لا مسؤولية عليه إطلاقاً لأن فعله ليس علة للموت ولم يؤد للموت ، لا بالذات ولا بالواسطة ، أما صاحب المباشرة وصاحب السبب فكلاهما مسؤول عن فعله لأنه علة للموت وأدى إليه بالذات أو الواسطة ويستوى بذلك لدى الفقهاء أن يكون القتل العمد مباشرة أو تسببا إذ لا عبرة بالفرق الظاهر بين المباشرة والسبب ، وإذا كان فعل الجانى مباشرة سمى القتل قتلا مباشراً وإذا كان سبباً سمى القتل قتلا بالتسبب

٤٨ ـ قدرة المجنى عليه على دفع أثر المباشرة والتسبب ـ ويدق الأمر فى تحديد المسؤولية إذا كان المجنى عليه قادراً على دفع أثر فعل الجانى ، وقد وضع بعض الفقهاء القواعد الآتية تحكم هذه الحالة .

١ ـ إذا كان الفعل مهلكاً والدفع غير موثوق به كترك معالجة الجرح اعتبر القاتل قاتلا ولا عبرة بترك العلاج

٢ ـ إذا كان الفعل غير مهلك والدفع موثوق به كمن ألقى آخر فى ماء قليل فبقى مستلقيا فيه حتى مات أو تصلبت أطرافه من البرد فإن الفاعل لا يعتبر

قاتلا ، إذ الموت نتيجة لبقاء المجني عليه في الماء وليس نتيجة إلقائه فيه ، وتختلف الفقهاء و [illegible] في هذا المبدأ ، فالشافعية يرون أن من قصد فلم يربط جرحه حتى مات لا يسأل من قصده عن القتل ، والحنفية يرون أنه مسؤول ، لأنه أحدث الجرح الذي أدى إلى الوفاة وأن الدفع لم يكن موثوقا به[1]

٣ ـ إذا كان الفعل مهلكا والدفع سهل كما لو ألقى من يحسن السباحة في ماء مغرق فلم يسبح وترك نفسه يغرق ، وكما لو ألقى شخص في نار قليلة يستطاع الخروج منها فبقي فيها حتى احترق ، ففي هذه الحالة خلاف ، فالبعض يرى أن الفاعل قاتل لأن الإلقاء في الماء يدهش الملقى عن السباحة فيغرق ، ولأن أعصاب الملقى في النار تتشنج بإلقائه في النار فتعسر عليه الحركة ، ولأن العادة ألا يستسلم الناس للموت فيكون القتل نتيجة للإلقاء ، ويرى البعض أن الفاعل لا يعتبر قاتلاً مادام المجني عليه كان يستطيع السباحة فلم يفعل والخروج من النار فبقي فيها مختاراً[2] وأسباب الخلاف هو اختلاف وجهة النظر في تصور حال المجني عليه ، فلو علم قطعا أنه بقي مختاراً فالملقي لا يعتبر قاتلاً بلا خلاف ، ولو علم قطعا أنه لم يكن مختاراً في بقائه فالملقي قاتل دون خلاف

٤٩ ـ ولا يشترط الفقهاء أن يكون القتل العمد حاصلا من الجاني مباشرة ، فيستوي عندهم في القتل العمد أن يكون مباشرة أو تسببياً ، فإذا دفع الجاني المجني عليه سكيناً فهو قاتل عمداً ، وإذا أعد الجاني وسائل الموت وهيأ أسبابه للمجني عليه فهو قاتل عمداً ، ولو كان الموت معلقا على ظرف معين أو على مشيئة المجني عليه فيعد قاتلا عمداً من يحفر بئراً في طريق المجني عليه ويسترها عن نظره ، أو حسراً في طريقه ولو كان المرور في الطريق معلقا على ظرف خاص أو على مشيئة المجني عليه ، وهكذا في غير ذلك من الصور مادام الفعل يحدث الموت بذاته ، أو مادام بين الفعل والموت رابطة السببية[3]

---

(١) المغني ج ٩ ص ٣٢٦

(٢) راجع الوجيز ج ٢ ص ١٢٢ وما بعدها

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤ ـ المغني ج ٩ ص ٣٣٢ وما بعدها ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩

٥٠ - رأى لأبي حنيفة - وأبو حنيفة كبقية الفقهاء لا يفرق بين القتل المباشر والقتل بالتسبب ويعتبر كليهما قتلا عمداً ولكنه يجعل عقوبة القصاص للقتل المباشر ويدرؤها عن القاتل بالتسبب ويجعل بدلا منها الدية، وحجته في هذا أن عقوبة القتل العمد هي القصاص، ومعنى القصاص المماثلة، والقصاص في ذاته قتل بطريق المباشرة، فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتلا بطريق المباشرة مادام أساس عقوبة القصاص المماثلة في الفعل، فمن حفر بئرا ليسقط فيها آخر فقصد قتله لا يقتص منه لأن الحفر سبب القتل ولكنه لم تؤد إليه مباشرة، ومن شهد على آخر بأنه ارتكب جريمة عقوبتها القتل فحكم عليه بالقتل على أساس هذه الشهادة لا يقتص منه لأن الشهادة وإن كانت سبب الحكم بالإعدام إلا أنها لم تؤد إلى إعدام المشهود عليه مباشرة[1]

٥١ - تعدد المباشرة والتسبب - وإذا كان الجاني واحداً كان فعله إما مباشرة أو تسببا إذا كان فعلا واحداً، فإذا تعددت أفعال الجاني أو تعدد الجناة تعددت تبعا لذلك أفعال المباشرة والتسبب، وقد تكون الأفعال جميعها مباشرة وقد تكون جميعها تسببا، وقد يكون بعضها مباشرة وبعضها تسببا

٥٢ - اجتماع مباشرتين فأكثر - إذا تعددت أفعال الجاني المباشرة فسواء كانت كلها قاتلة إذا انفردت أو بعضها فقط هو القاتل، وسواء وقعت مجتمعة أو متعاقبة فالجاني مسؤول عن القتل العمد مادام فعله أو أفعاله من شأنها إحداث الموت ومادام أنها قد أدت إليه فعلا

أما إذا كانت الأفعال المباشرة من أشخاص متعددين فالحكم يختلف بحسب ما إذا كانت قد وقعت منهم مجتمعين متمالئين أو وقعت منهم على التعاقب، وقبل الكلام على هاتين الحالتين يجب أن نعرف أولا معنى التمالؤ

٥٣ - التمالؤ - الأصل في التمالؤ هو قضاء عمر رضي الله عنه، فقد كان

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩

بمدينة صنعاء امرأة غاب عنها زوجها وترك في حجرها ابناً له من غيرها يقال له أصيل فاتخذت المرأة بعد زوجها خليلا ، فقالت له إن هذا الغلام يفضحنا فاقتله ، فأبى فامتنعت عنه فطاوعها ، فاجتمع على قتل الغلام خليل المرأة ورجل آخر والمرأة وخادمها فقتلوه ثم قطعوه أعضاء وألقوا به في بئر ، ولما ظهر أمر الحادث وفشا بين الناس أخذ أمير اليمن خليل المرأة فاعترف ثم اعترف الباقون ، فكتب إلى عمر بن الخطاب بخبر ما حصل ، فكتب إليه عمر أن اقتلهم جميعاً ، وقال : « والله لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا »

وروى عن على أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلا ، وعن ابن عباس قتل جماعة بواحد ، ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فكان قتل الجماعة بالواحد إجماعا لأنه عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجبت للواحد على الجماعة ، كعقوبة القذف للواحد على الجماعة فضلا عن أن القصاص لا ينقسم ، فلو سقط بالاشتراك لأدى ذلك إلى التسارع إلى القتل وضاعت حكمة الوضع والزجر .

ومع أن الأئمة الأربعة يسلمون بأن الجماعة تقتل بالواحد إلا أنهم اختلفوا في معنى التمالؤ ، فأبو حنيفة يرى أن التمالؤ هو توافق إرادات الجناة على الفعل دون أن يكون بينهم اتفاق سابق ، بحيث يجتمعون على ارتكاب الفعل في فور واحد دون سابقة من تدبير أو اتفاق ، ويأخذ بهذا الرأى بعض الفقهـــاء في مذهب الشافعى وأحمد كما هو الظاهر[1] ولا يرتب أبو حنيفة على التمالؤ نتيجتما فإذا لم يكن فعل الجانى قاتلا فلا أثر للتمالؤ عليه .

ويرى مالك أن التمالؤ يعنى الاتفاق الســابق على ارتكاب الفعل والتعاون على ارتكابه ، وأن التوافق على الاعتداء لا يعتبر تمالؤاً ، ويأخذ بهذا الرأى بعض فقهاء مذهب الشافعى ومذهب أحمد ولكنهم يخالفون مالكا في أنهم

(١) ـ الزيلعى ج ٦ ص ١١٤ ـ والبحر الرائق ج ٨ ص ٣١٠ ـ والمغنى الجزء ٩ ص ٣٦٦ ـ والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٥ وما بعدها ـ والمهذب ج ٢ ص ١٨٦

لا يعتبرون متمالئاً إلا من اشترك فى ارتكاب الفعل بصفته فاعلا له [١] .

أما مالك فيعتبر متمالئاً كل من حضر الحادث وإن لم يباشر الفعل إلا أحدهم أو بعضهم ، لكن بحيث إذا لم يباشره هذا لم يتركه الآخر فهو يعتبر متمالئاً كل من حضر ولو كان ربيئة أى رقيباً بشرط أن يكون مستعداً لتنفيذ ما اتفقوا عليه [٢]

٥٤ - القتل المباشر على الاجتماع . - من المتفق عليه بين الفقهاء الأربعة أنه إذا قام جماعة بقتل شخص فى فور واحد بأن توافقت إرادتهم على القتل وقت الحادث فقط دون اتفاق سابق ، فإن كلا منهم يعتبر قاتلا عمداً له إذا كان فعل كل منهم يمكن تمييزه وكان على انفراده له دخل فى إحداث الموت كأن جرحه كل منهم جرحاً أو جراحاً قاتلة لها دخل فى زهوق روحه ، ولا عبرة بالتفاوت بين الجناة فى عدد الجراح وفحشها ، فإذا أحدث أحدهم جرحا والآخر عشرة وإذا أحدث أحدهم جرحاً فاحشاً وأحدث الآخر جرحاً أقل فحشا فكل منهم مسؤول عن القتل العمد مادام قد أحدث جرحا له دخل فى إحداث الوفاة

وإذا كان فعل أحدهم لا دخل له فى الزهوق فلا يعتبر قاتلا وإنما يسأل فقط عن الجرح أو الضرب ، والعبرة بقول الخبراء فى كون الفعل له دخل فى الزهوق أم لا ، فمن قرر الخبراء أن لفعله دخلا فى الزهوق فهو قاتل عمداً ومن قرروا أن فعله لا دخل له فى الزهوق فهو جارح أو ضارب

وإذا لم تتميز أفعالهم فلم يعرف المزهق من غير المزهق فهم جارحون أو ضاربون ولا يسألون عن القتل لأن الجرح والضرب هو المتيقن منهم وهذا هو رأى الأئمة ما عدا مالكاً ، ويرى بعض فقهاء الحنفية مسؤوليتهم جميعاً عن القتل إذا لم تتميز أفعالهم [٣]

(١) - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦١ ، ٢٦٣ - ونحفة المحتاج ج ٤ ص ١٤ ، ١٥ - وحاشية البجيرمى على المنهج ج ٤ ص ١٤ - والاقناع ج ٤ ص ١٧٠

(٢) - المراجع السابقة (٣) - حاشية ابن عابدين ٤٩٠

وإذا كان فعل كل منهم منفرداً لا دخل له في الزهوق ولكن أفعالهم مجتمعة أدت إليه ، فيرى بعض الشافعية أن كلا منهم يعتبر قاتلاً عمداً

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي في حكم لها قضت فيه بأنه متى كان الثابت أن كلا من المتهمين قد ضرب القتيل وأن ضربته ساهمت في إحداث الوفاة كان كل منهم مسئولا عن الوفاة ولو لم يكن بينهم اتفاق سابق ، ولو كانت الضربة الحاصلة من أحدهم ليست بذاتها قاتلة فإذا كان الثابت أن كلا منهم قد قصد القتل كان مسئولا أيضا عن جناية القتل [1]

ولا يرى البعض ذلك وهو متفق مع مذهب أبي حنيفة وأحمد [2]

أما مالك فيرى أنه إذا لم تتميز الضربات أو تميزت سواء تساوت أو اختلفت ، ولكن لم يعلم عن من أحدثت ضربته الموت ، فهم جميعاً قاتلون إذا ضربوه عمداً عدوانا ، وفي المذهب يرى سقوط القصاص وإحلال الدية محله إذا لم تتميز الضربات ولم يعلم من أيها مات وهو رأي مرجوح [3]

هذا هو حكم القتل على الاجتماع عند القائلين بأن التمالؤ هو التوافق فهم يعتبرون القتال على الاجتماع مصحوبا دائمـــا بتوافق الإرادات أي التمالؤ

أما من يرون أن التمالؤ هو الاتفاق السابق وليس التوافق ، فيطبقون الأحكام السابقة للجماعة غير المتمالئين ، فإن كانوا متمالئين على القتل فإنهم يسألون جميعاً عن القتل العمد ، سواء كان فعل كل منهم له دخل في الزهوق منفرداً أو مجتمعا أو لا دخل له ، وسواء تميزت الأفعال أو لم تتميز ، ولو ضربوه بسياط أو عصا خفيفة أو بأيديهم ولو كان ضرب كل منهم غير قاتل بحو أن يضربه كل

---

(1) نقض ٧ نوفمبر ١٩٣٨ المحاماة س ١٩ ص ٦١٥
(2) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٣ والاقناع ج ٤ ص ١٧٠
(3) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨

منهم سوطاً أو نحو أن يضربوه على التوالى (١)

٥٥ - القتل المباشر على التعاقب المفروض فى القتـــل على التعـــاقب ، أنه ليس ثمـــة توافق ولا تمـــالؤ بين الفاعلين وأنهم يرتـــكبون الفعل منفردين على التعاقب لا مجتمعين كما هو الحـــال فى القتل على الاجتماع وحكم القتل على التعاقب ، أنه إذا قام أكثر من شخص بقتل واحد فإن كلا منهم يعتبر قاتلا له إذا كان فعل كل منهم يمكن تمييزه ، وكان على انفراده له دخل فى إحداث الوفاة ، وإذا جرحه أحدهم جرحا وجرحه الآخر عشر جراحات فـكلاهما مسئول عن قتله عمـداً ولا عبرة بكثرة الجراحات مادام كل جرح له أثره فى إحداث الوفاة ، ولأن الإنسان قد يموت بجرح واحد ولا يموت بجراحات كثيرة

وإذا كان فعل أحدهم لا دخل له فى إحداث الوفاة ، فإنه يسأل فقط عن الجرح أو الضرب ويسأل البـاقون عن القتل ويرجع فى هذا إلى قول الخبراء فى الطب

وإذا شفى من الجراح التى أحدثها أحدهم ، ومات من جراح الباقين كان كل مسئولا عن نتيجة فعله ، فمن برئت جراحه التى أحدثها سئل عن الجرح ، ومن لم تبرأ جراحه سئل عن القتل إذا كان لجراحه دخل فى الموت

فإذا اشترك ثلاثة فى قتل رجل ، فقطع أحدهم يده والآخر رجله وأوضحه ثالث فمات ، فكل من الثلاثة قاتل عمداً ، فإن برئت جراحة أحدهم ومات من الجرحين الآخرين ، فمن برأ جرحه يعاقب باعتباره جارحا ويعاقب الآخران باعتبارهما قاتلين (٢)

وإذا قطع واحد يده من المفصل وقطع الثانى نفس اليد من المرفق فمات

(١) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨ ـ ونهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٦٣ والإقناع ج ٤ ص ١٧

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٦

فإن برئت جراحة الأول قبل قطع الثانى ، فالأول جارح والثانى قاتل دون خلاف وإن كان القطع الثـانى قبل برء القطع الأول فيرى الشـافعى وأحمد أن الاثنين قاتلان لأن جرح كل منهما قاتل وحده . والألم الحاصل بالجرح الأول انضم إلى الألم الحاصل بالجرح الثانى وتكامل به،فكان الموت مضافاإليهما.

ومن أصحاب هذا الرأى زفر ، ويرى أبو حنيفة وباقى أصحـابه أن القاتل هو الثانى [1] لأن السراية باعتبار الآلام المترادفة التى لا تتحملها النفس إلى أن يموت وقطع اليد من المرفق يمنع وصول الألم من القطع السـابق إلى النفس . فكان قطعاً للسراية ، فبقيت السراية مضافة إلى القطع الأخير ويرى مالك أنه اذا كان القطع الثانى عقب القطع الأول فهما قاتلان وإن عاش بعـد القطع الاول حتى أكل وشرب ثم مات عقب الثانى مباشرة فالقاتل هو الثانى ، وإن عاش بعدها حتى أكل وشرب فللأولياء أن يقسموا على أيهما ويقتصوا منه [2]

وإن رماه أحدهما من شاهق فتلقـاه آخر بالسيف فقده أو ألقى عليه صخرة فأطار آخر رأسه قبل أن تصل الصخرة ، فيرى أحمد أن القصاص على الثانى لأن الرمى سبب والقتل مباشرة فقطعت المباشرة حـكم السبب ، ويرى الشافعى مثل هذا إن رماه من مـكان يجوز ان يسلم منه . أو ألقى عليه صخرة يمـكن أن يسلم منها،أما أن كان عمل الأول لا تمـكن السلامة فيه، فالبعض يرى كليهما مسئولا عن القتل لحصول المبـاشرة مع السبب ، ويرى البعض أن الثانى هو القاتل ، والرأى الأخير هو المتفق مع القانون لأنه يعتبر الأول شارعاً فى قتل والثانى قاتلا ما لم يـكن بينهما اتفاق أو توافق على القتل فـكلاهما يعتبر قاتلا ، وإن ألقاه فى لجة لا يمـكن الخلاص منها فالتقمه حوت فالرامى قاتل لأنه ألقاه فى مهلكة يهلك بها دون واسطة يمكن إحالة الحكم عليه كما يرى البعض،ويرى البعض أن الهلاك ليس بسبب فعل الرامى فأما إن ألقاه فى ماء يسيراً كله سبع أو التقمه

(١) البدائع ح ٧ ص ٢٣٤
(٢) الشرح الـكبير حـ ٧ ص ٣٧٢

حوت أو تمساح فهو شبه عمد لأن الذى فعله لايقتل غالبا[1]

وإذا لم تتميز أفعالهم فلم يعرف صاحب الجرح الذى أحدث الموت ، أو كانت أفعالهم مفردة لادخل لها فى الزهوق ولكنها أدت إليه مجتمعة ، فالحكم فى ذلك هو ما سبق فى القتل على الإجماع وقد يطرأ على الفعل المباشر فعل مباشر آخر أقوى منه بحيث ينقطع بالفعل الثانى أثر الفعل الأول ، وحكم هذه الحالة تقديم الفعل الأقوى واعتبار صاحبه هو القاتل ، فلو جرح الأول رجلا جرحا مميتا بقصد القتل فجاء صاحب الفعل الثانى وحز رقبته فالقاتل هو الثانى ، أما لو ذبحه الأول فجاء الثانى وجسم المذبوح لايزال ينتفض فقده نصفين فالقاتل هو الأول ، أما الثانى فيعتبر معتديا على حرمة ميت ويعزر ، وإن شق الأول بطنه ومزق أحشاءه ولكن بقيت به حياة مستقرة فجاء الثانى وقطع رقبته فالثانى قاتل والاول جارح ، أما إذا كان فعل الأول قد أخرج المجنى عليه من حكم الحياة فالأول هو القاتل على رأى ، والثانى هو القاتل على رأى آخر مادام المجنى عليه لم يسلم الروح فعلا[2]

ويرى البعض أنهم جميعا مسئولون عن القتل عمدا إذا تعذر معرفة صاحب الجرح المتعين[3]

وإذا شق شخص بطن آخر ثم جاء ثان فحز رقبته فالآخر هو القاتل أما الأول فجارح فقط ، لأن الإنسان يعيش بعد شق البطن ، ولأن حياة المجنى عليه كانت مستقرة وقت حز الرقبة ، هذا إذا كان الشق مما يحتمل معه أن يعيش بعده يوما أو بعض يوم فأما إذا كان لايتوهم ذلك ولم تبق إلا غمرات الموت فالشاق هو القاتل والحاز لا يعتبر جارحا بل معتديا على حرمة ميت ،

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤ ، والمهذب ج ٢ ص ١٨٨
(٢) راجع الفقرتين ١١ ، ١٢
(٣) حاشية ابن عابدين ص ٤٩٠

وهناك رأى آخر مضاد لهذا الرأى ، وقد بسطنا القول فى هذه المسألة فى الفقرتين الحادية عشرة والثانية عشرة

٥٦ ـ اجتماع سببين فأكثر . إذا تسبب اثنان أو أكثر فى إحداث أفعال قاتلة بإنسان « كأن حبسه واحد فى منزل بقصد قتله جوعاً ، وأطلق الثانى صنابير الغاز بقصد قتله خنقاً ، وأشعل الثالث النار فى المنزل بقصد قتله حرقاً » فإن مسئولية الجناة تترتب طبقاً للقواعد التى سبق أن بيناها فى حالة تعدد المباشرة ، سواء كانت الأفعال على الاجتماع أو التعاقب ، وسواء أكان هناك تمالؤ أم لم يكن ، ولا يغير من الحكم أن الفعل هناك مباشر وهنا تسبب ، لأن المتسبب لا يقتل بذاته وإنما يقتل بواسطة فعل مباشر آخر ينسب للفاعل باعتباره متسبباً فيه ، فالمنسوب للمتسبب هو نفس الفعل الذى ينسب للقاتل مباشرة ، ومن ثم لم يكن اختلاف الحكم

٥٧ ـ اجتماع مباشرة وسبب. إذا اجتمع فعل مباشر مع فعل متسبب ، فلا يخرج الأمر فى تحديد مسئولية المباشر والمتسبب عن حالة من ثلاث

أولا أن يغلب السبب المباشرة ويتغلب السبب على المباشرة إذا لم تكن المباشرة عدواناً ، وفى هذه الحالة تكون المسئولية على المتسبب دون المباشر كقتل المحكوم عليه بالإعدام بناء على شهادة الزور ، فهذه النتيجة مسلّم بها فى القانون المصرى إذ نصت المادة ٢٩٥ عقوبات على أنه إذا ترتب على الشهادة المزورة الحكم بالإعدام ونفذ الحكم فعلا ، عوقب شاهد الزور بعقوبة الإعدام

فإن قتل الجلاد له ليس عدواناً والجلاد هو المباشر للقتل ، أما المتسبب فى القتل فشهود الزور ، وما دامت المباشرة ليست عدواناً ، فالمسئولية على المتسبب وحده

ثانياً أن تغلب المباشرة السبب وتتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله كمن ألقى إنساناً فى ماء بقصد إغراقه فحققه آخر كان يسبح فى الماء أو كمن ألقى إنساناً من شاهق فتلقاه آخر قبل وصوله إلى الأرض فقط رقبته بسيف أو أطلق عليه عياراً نارياً فقتله قبل وصوله إلى الأرض فالمسئول عن القتل هو المباشر وليس المتسبب ، ولكن الأخير يعزر على فعله .

ثالثاً أن يعتدل السبب والمباشرة بأن يتساوى أثرهما فى الفعل ، وفى وهذه الحالة يكون المتسبب المباشر مسئولين معاً عن القتل كحالة الإكراه على القتل ، فإن المكره وهو المتسبب هو الذى يحرك المباشر وهو المكره ويحمله على ارتكاب الحادث، ولولا الأول لما فعل الثانى شيئاً ولما حصل القتل[1]

وكذلك من يأمر ولده الصغير أو المعتوه بقتل آخر فيقتله طاعة لهذا الأمر فكلاهما يعتبر قاتلا ولو أن للصغير أو المعتوه حكماً خاصاً من حيث العقوبة خلافاً لأبى حنيفة

٥٨ ـ تسبب الجانى فى فعل قاتل مباشر من المجنى عليه

ويعتبر الجانى مسئولا عن القتل العمد عند مالك[2] إذا تسبب فى الفعل القاتل ، ولو كان الموت نتيجة مباشرة لفعل المجنى عليه

فلو أن إنساناً طلب آخر قاصداً قتله بسيف مجرد أو ما يخيف كرمح أو سكين فهرب منه فتبعه الجانى وتلف المجنى عليه فى هربه بأن سقط من شاهق أو انخسف به سقف أو خر فى مهواة أو سقط فتلف أو لقيه سبع فافترسه أو غرق فى ماء أو احترق بنار فعلى كل هذه الصور يعتبر الطالب قاتلا عمداً ، ولو أن هرب المجنى عليه هو الذى أنتج الموت مباشرة

ويعتبر أحمد[3] الطالب مسئولا عن القتل شبه العمد فى هذه الصور ، لأن

---

(١) الوجيز ج ٢ ص ١٢٢ وما بعده ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤ وما بعدها
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١
(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٧٧

الفعل الذي حدث من الجاني لا يقتل غالباً ، وفي مذهب الشافعي[1] رأيان يفرقان بين المجني عليه المميز ، وغير المميز ، فإذا كان المجني عليه غير مميز فالطالب يعتبر مسئولا عن القتل شبه العمد ، وإذا كان مميزاً فهناك رأيان ، رأي يرى أنه لا مسئولية على الطالب لأن المجني عليه هو الذي أهلك نفسه بفعله ، ورأي يرى مسئولية الطالب عن القتل شبه العمد ، لأن المجني عليه لم يقصد إهلاك نفسه، وإنما ألجأه الطالب إلى الهرب المفضي للهلاك وقد اعتبر القتل شبه عمد لأن وسيلة القتل ليست مما يقتل غالباً ، فالشافعي وأحمد في هذا محافظان على قاعدتهما ، أما مالك فاعتبره عمداً لأنه كما مر لا يعرف القتل شبه العمد ، والفعل عنده إما عمداً أو خطأ ويمكن تفسير مسئولية الطالب مع أن الفعل المباشر من المجني عليه بأن المباشرة لم تكن عدواناً فيتغلب الفعل المسبب

أما أبو حنيفة فلا يرى مسئولية الطالب ، لأن المجني عليه قتل بفعل نفسه .

ويتفق القانون المصري والفرنسي مع ما يراه أبو حنيفة ، ويتفق القانون الألماني والقانون الإنجليزي مع ما يراه باقي الأئمة

٥٩ ـ القتل بفعل غير مادي : ويتفق الفقهاء الأربعة على جواز حصول القتل بوسيلة معنوية لا مادية ، كمن شهر سيفاً في وجه إنسان فمات رعباً ، ومن تغفل إنساناً وصاح به قاصداً قتله فمات مذعوراً أو سقط لفزعه من مرتفع ومات من سقطته ، ومن ألقى على إنسان حية فمات رعباً ، ومن دلى إنساناً من شاهق فمات من روعتـــــه قبل أن يضربه بسيف أو يتركه ليسقط على الأرض .

وعند مالك[2] أن القتل في هذه الأحوال عمد ما دام الجاني قد تعمد الفعل

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٢ ، ٢٣٣

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧

على وجه العدوان ولم يقصد منه اللعب أو المزاح ، فإن قصد اللعب أو المزاح فالقتل خطأ

ويرى أحمد (١) أن القتل فى هذه الأحوال شبه عمد لأن الوسيلة لا تقتل غالبا وكذلك يرى أبو حنيفة (٢)

وفى مذهب الشافعى (٣) يفرقون بين من يميز وبين من لا يميز كالصبى والمعتوه والمجنون والنائم وللموسوس وللمصعوق وللمذعور والضعيف ، ويرون أن القتل شبه عمد فى حالة من يميز وأنه قتل عمد فى حالة من لا يميز لأن الوسيلة تقتل غالبا فى حالة من لا يميز ولا تقتل غالبا فى حالة المميز

وليس فى نص القانون المصرى أو القانون الفرنسى ما يمنع أن تكون وسيلة القتل فعلا غير مادى ولكن جمهور الشراح الفرنسيين وتابعهم المصريون يرون أن لا عقاب على القتل بهذه الطريقة ، وحجتهم أنه لا يمكن على وجه التحقيق اعتبار العوامل النفسية التى تنشأ عن فعل الجانى سببا لموت المجنى عليه ، وهذا الرأى منتقد لأنه مع تقدم العلم يمكن أن يثبت على وجه التحقيق أن الموت نشأ عن العوامل النفسية التى أحدثها فعل الجانى ، ولأن هناك صورا تكون حالة الجانى والمجنى عليه فيها من الظهور بمكان بحيث يكون من الظلم أن يفلت الجانى من العقاب ، ومع ذلك فهناك من القوانين الوضعية ما يأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية ، فالقانون الإنجليزى يعاقب على القتل إذا كانت وسيلة القاتل لقتل فريسته معنوية لا مادية

٦٠ - تعدد الأسباب ومن المتفق عليه بين الأئمة الأربعة (٤) أن الجانى يعتبر مسئولا

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٧٨
(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٠ ، ٢٣١
(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٨ ، ٢٤٣ ، ٢٦٣ وما بعدها والمغنى ج ٩ ص ٣٢٤ ، ٣٨ ، =

عن القتل العمد إذا كان فعله سبب للموت، أو كان له على اعراده دخل فيه، ولو كان هناك أسباب أخرى اشتركت في إحداث الموت سواء كانت هذه الأسباب راجعة لفعل المجني عليه أو تقصيره أو لحالته أو لفعل غيره متعمدة أو غير متعمدة، وسواء كانت رئيسية أم ثانوية، فإذا أحدث المجني عليه بنفسه جراحا وأساء المجني عليه علاج نفسه أو أهمل العلاج أو سمح لطبيب بعلاج جرحه أو بإجراء عملية فأخطأ العلاج أو قصر في العملية وساعد كل ذلك في إحداث الموت، أو كان له على اعراده دخل فيه، فإن الجاني مع ذلك يظل مسئولا عن القتل العمد ما دام فعله مهلكا من شأنه إحداث الوفاة

وإذا كان المجني عليه مريضا أو ضعيفا أو صغيرا فيعتبر الجاني مسئولا عن قتله عمدا إذا ضرب المجني عليه ضربا أو جرحه جرحا لا يقتل الرجل الصحيح ما دام من شأن هذا الضرب أو الجرح أن يقتل الرجل المريض والضعيف والصغير، وإذا كان بالمجني عليه إصابات قاتلة فأحدث به الجاني إصابة أخرى قاتلة فمات منها جميعا، فالجاني مسئول عن القتل ولو أن القتل نتيجة مباشرة لكل هذه الإصابات ويستوى أن تكون الإصابات التي بالمجني عليه ناشئة عن فعله كما إذا جرح نفسه أو عن فعل غيره كإنسان ضربه أو حيوان نهشه.

وإذا كان بالمجني عليه إصابات سببها فعل مباح كالدفاع الشرعي مثلا فأحدث به آخر إصابة أو إصابات أخرى عدوانا يقصد قتله فمات من جميع الإصابات فالجاني مسئول عن قتله عمدا، ولو أن بعض الإصابات التي أدت إلى القتل ناشئة عن فعل مباح

وإذا كان بالمجني عليه إصابات غير متعمدة ثم أحدث به الجاني إصابات متعمدة فمات منها جميعا فالجاني مسئول عن القتل العمد، ولو أن بعض الإصابات التي أدت إليه ناشئة عن خطأ.

= ٣٨١ ، ٥٧٨ ومواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٢ وشرح الدردير جـ ٤ ص ٢١٩ والبحر الرائق جـ ٨ ص ٢٩٤ ، ١ ، ٣ — وبدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ وحاشية ابن عابدين ص ٤٨ ، ٤٨١ ، ٤٩٣

وإذا كانت بعض الإصابات أخطر من بعض فإن الجانى الذى أحدث أبسط الإصابات مسئول عن القتل العمد مادامت إصابته مهلكة بذاتها ولها دخل فى القتل على انفرادها كما أنه لا عبرة بعدد الإصابات التى أحدثها كل جان فلو كان بشخص مائة إصابة أدت إلى قتله فالجانى الذى أحدث واحدة منها فقط مسئول عن القتل مادام لإصابته دخل فى القتل على انفرادها ولو كانت بقية الإصابات من فعل شخص واحد .

ويؤخذ من اعتبارهم الجانى قاتلا عمداً فى حالة إهمال العلاج أو إساءته أو ضعف المجنى عليه ومرضه الخ أنهم عرفوا نظرية تساوى الأسباب التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا حديثاً فكل فعل اشترك فى إحداث الموت بحيث لم يكن للموت ليحدث لولا وقوع هذا الفعل يعتبر بذاته سببا للموت ولو أنه لم يؤد للموت إلا لوجود أسباب أخرى لأن هذا السبب بالذات هو الذى جعل لهذه الأسباب الأخرى أثراً على الوفاة .

٦١ – انقطاع فعل الجانى . – ويسأل الجانى عن القتل العمد نتيجة لفعله ، مادام الفعل سبباً للقتل ، إلا إذا انقطع فعل الجانى بفعل آخر تغلب عليه وقضى على أثره فمن يجرح إنساناً جرحاً قاتلا بقصد قتله يعتبر قاتلا له عمداً إذا مات من الجرح ، ولكن إذا جاء ثالث فقطع رقبة الجريح فهو القاتل والأول جارح لا قاتل ، لأن فعل الثالث قطع فعله وقضى على أثره ، كذلك تنتفى مسئولية الجانى عن القتل إذا انقطع أثر فعله ، كأن شفى جرحه قبل الموت أو إذا لم يكن لجرحه أثر على الموت

٦٢ – نظرية السببية فى الشريعة . – ويمكننا أن نستخلص مما سبق أن الشريعة الإسلامية تشترط لمسئولية الجانى عن القتل أن يكون بين فعله و بين الموت رابطة السببية وهى الرباط الذى يربط الفعل الحاصل من الجانى بالنتيجة التى يسأل عنها ، ولا يشترط أن يكون فعل الجانى هو السبب الوحيد فى إحداث الموت ، بل يكفى أن يكون فعل الجانى سببا فعالا فى إحداثه.

ويستوى بعد ذلك أن يكون فعل الجانى هو الذى سبب الموت وحده أم أن الموت نشأ عن فعل الجانى بالذات ، وعن أسباب أخرى تولدت عن هذا الفعل كتحرك مرض كامن لدى المجنى عليه كما يستوى أن يكون الموت نشأ عن فعل الجانى وحده أو عن هذا الفعل وعن أسباب أخرى لاعلاقة لها بفعل الجانى كالاعتداء الحاصل من شخص آخر

ولا يعتبر فعل الجانى سببا للموت إذا انعدمت رابطة السببية بين الفعل وموت المجنى عليه ، أو إذا كانت قائمة ثم انقطعت بعد ذلك بفعل من شخص آخر ينسب إليه الموت دون فعل الجانى الأول ، أو إذا كان فى إمكان المجنى عليه أن يدفع أثر الفعل بدون شك فامتنع عن دفعه دون أن يكون للجانى دخل فى امتناعه

والجانى مسئول عن نتيجة فعله سواء كان الموت نتيجة مباشرة لفعله ، أو كان نتيجة غير مباشرة لهذا الفعل ، وسواء كان السبب قريبا أم بعيدا مادام الفعل سببا للنتيجة

لكن فقهاء الشريعة مع هذا لايسمحون بتوالى الأسباب إلى غير حد ، بل يقيدون هذا التوالى بالعرف ، لأن السبب عندهم هو مايولد المباشرة توليداً عرفياً ، فما اعتبره العرف سبباً للقتل فهو سبب له ولو كان سبباً بعيداً ومالم يعتبره العرف سببا للقتل فهو ليس سبباً له ولو كان سبباً قريباً

وقد سلك الفقهاء هذا المسلك لأنه أقرب إلى العدالة وألصق بطبائع الأشياء ولو أنهم اكتفوا فى تحديد رابطة السببية بالسبب المباشر كما فعل شراح القانون الفرنسى لأدى ذلك إلى خروج كثير من الأفعال التى يعتبرها العقل والعرف قتلا ، ولو أنهم بالغوا فأخذوا بكل سبب غير مباشر كما فعل الشراح الألمان لأدخلوا فى دائرة القتل أفعالا كثيرة لايعتبرها عرف الناس ولا منطقهم قتلاً

ومن أجل ذلك جاءت نظرية السببية فى الشريعة مرنة تتسع لكل مايتسع له عرف الناس ومنطقهم ، عادلة لأنها تعتمد على شعور الناس بالعدالة وإحساسهم بها ، بل إن تحديد كفاية السبب لتحقق النتيجة بالعرف ضمن للنظرية البقاء مابقى الناس ، لأن الناس سواء تقدموا أو تأخروا جهلوا أو تعلموا ، لهم عرف

يطمئنون إليه ، وعقول لا ترتاح إلا لما تراه عدلا وهذه النظرية تتمشى مع عرفهم ونظرهم للعدالة فى كل وقت وفى كل ظرف .

مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية

٦٣ ـ النظرية الفرنسية : ـ ونظرية فقهاء الشريعة فى تحديد رابطة السببية وقد مضى عليها أكثر من ألف سنة تدل على أنهم كانوا أبعد نظراً وأدق تقديراً للأمور من شراح القانون الوضعى فى عصرنا الحاضر ، فالشراح الفرنسيون حتى اليوم لا يقبلون إلا السبب المباشر ، أى السبب الذى أنتج الفعل المؤدى للقتل بشرط أن لا يطرأ عليه سبب آخر يؤدى بذاته إلى حدوث النتيجة المتوقعة أو يساعد على حدوثها ، فمثلا إذا ضرب شخص آخر ضربة مميتة ، وجاء ثالث قبل أن يموت فقطع رقبته ، فالثالث هو القاتل لأن السبب الثانى حال بين السبب الأول ونتيجته ، وقطع عمله ، ولأن السبب الثانى هو الذى أدى بذاته إلى القتل ، وفى هذا يتفق القانون الفرنسى مع الشريعة ، ولكن إذا ضرب الجانى شخصاً أو جرحه فأهمل المجنى عليه العلاج ، أو أساء علاج نفسه أو كان مريضاً أو ضعيفاً فساعد إهماله أو سوء علاجه أو مرضه أو ضعفه على الوفاة ، فإن الضرب أو الجرح لا يعتبر فى نظر الشراح الفرنسيين سببا مباشراً للقتل ، لأن هناك سببا أو أسبابا أخرى ساعدت على إحداث القتل ، وقد لا يحدث القتل لو لم تكن هذه الأسباب وفى هذا تخالف الشريعة القانون الفرنسى لأنها تأخذ الرأى المضاد

٦٤ ـ نقد النظرية الفرنسية وتطبق الشراح الفرنسيون نظريتهم هذه فى حالة القتل العمد فقط ، ولا يرون بأسا من اعتبار السبب غير المباشر فى القتل الخطأ ، وفى هذه التفرقة وحدها ما يؤكد أن نظريتهم معيبة ، لأنه إذا كان العدل يقتضى أن لا يقبل إلا السبب المباشر ، فمن الظلم أن نقبل السبب غير المباشر فى القتل الخطأ ، وإذا كان العدل يقتضى أن يقبل السبب غير المباشر فى القتل الخطأ فمن الظلم أن

لا يقبل فى القتل العمد ، أما فيا يختص بحالة تعدد الأسباب ، فإن فعل الجانى هو السبب الفعال فى الموت ، ولولاه لما كانت الأسباب الأخرى فعالة ، ففعل الجانى هو سبب الموت أولاً وأخيراً ، ومن العدل أن يسأل عن فعله ونتائج فعله .

٦٥ - النظرية الألمانية . أما الشراح الألمان فيسلمون بالسبب المباشر وغير المباشر ، ويرون أن السبب هو كل شرط من شروط نتيجة الفعل المزهق للنفس ، لأنه هو الذى جعل الشروط الأخرى سلبية ، والفعل عندهم يعتبر قتلا ولو كان غير كاف وحده لإحداث الوفاة ، أو كانت الوفاة لم تحدث لولا أعمال أخرى اقترنت بهذا الفعل أو تلته ، ومن ثم فهم يعتبرون الضارب والجارح مسئولاً عن القتل ولو كان الضرب والجرح فى ذاته مهلكاً لولا ضعف المجنى عليه أو إهماله العلاج

٦٦ - النظرية الإنجليزية كذلك يأخذ الإنجليز بالسبب المباشر وغير المباشر ، ويعتبرون الجانى قاتلا ولو لم يكن الموت نتيجة مباشرة لفعله ، بل أدت إليه أو ساعدت عليه عوامل أخرى ، فإذا اعتدى شخص على آخر اعتداء شديداً ، حمل المعتدى عليه أن يلقى بنفسه من نافذة أو شرفة ليخلص نفسه من هذا الاعتداء ، فإن المعتدى يعتبر قاتلا إذا مات المعتدى عليه من إلقاء نفسه ، كذلك يعتبر الجارح قاتلا ولو تبين أن المجنى عليه أساء علاج نفسه ، أو رفض إجراء عملية كان من المرجح أن تؤدى إلى شفائه

٦٧ - عيب النظرية الألمانية والإنجليزية ونظرية الألمان تتفق مع النظرية الإنجليزية وهما أوسع مدى من النظرية الفرنسية ويرى الكثير من الشراح أن النظرية الألمانية الإنجليزية أقرب إلى العدل من النظرية الفرنسية ، لأن الأولى تفتح الباب واسعاً أمام القاضى ليقدر مسؤولية من تسبب فى قتل غيره بطريقة غير مباشرة ، ولا تسمح بإفلات قاتل من العقاب لأنه استطاع أن يصل إلى غرضه بطريق غير مباشر

ولكن النظرية الألمانية الإنجليزية بالرغم من ذلك معيبة ، وعيبها أنها تسلم بتوالى الأسباب غير المباشرة إلى غير حد يقف عنده هذا التوالى ، وقد أدى بها هذا العيب إلى أن تحلق حلولا لا يستسيغها العقل ولا تتفق مع العرف ، فمثلاً يرى بعض الآخذين بهذه النظرية على إطلاقها أنه يعتبر متسبباً فى القتل من جرح غيره جرحاً غير مميت إذا استلزمت حالة الجريح نقله للمستشفى فاحترق المستشفى بمن فيه إذ لولا الجرح لما احترق المجنى عليه

٦٨ ـ والرأى المعتدل الذى حاول به أصحابه أن يصلحوا هذا العيب ، يقوم على أساس أن يكون السبب كافياً لتحقيق النتيجة ، فإن كان كافياً فالجانى قاتل ، وإن لم يكن كافياً فهو غير قاتل ، فمثلا إذا ضرب الجانى سفاناً قاصداً فأحدث به إصابات أعجزته عن إدارة حركة السفينة ، ثم غرقت به السفينة بعد ذلك بسبب اشتداد الأنواء دون أن يكون لعجز المجنى عليه أثر على غرقه ، فإن الجانى لا يعتبر مسؤولاً عن غرق المجنى عليه ، أما إذا كان غرق السفينة ناشئاً عن عجز المجنى عليه عن إدارة السفينة بسبب إصاباته فيكون الجانى مسؤولاً عن الغرق ، لأن عجز المجنى عليه من الضرب كاف لتحقيق هذه النتيجة

٦٩ ـ وتقيد النظرية بكفاية السبب لتحقيق النتيجة معناه تقيدها بالعرف لأن مقياس الكفاية ليس مادياً وإنما هو معنوى يرجع إلى ما تعارف عليه الناس وما تقبله عقولهم وترتاح إليه نفوسهم ، وإذا كان العرف هو المقياس الذى تقاس به كفاية الأسباب لتحقيق النتيجة فى الشريعة الإسلامية ، فمعنى ذلك أن نظرية السببية فى القوانين الوضعية تسير الآن فى نفس الطريق الذى رسمه فقهاء الشريعة الاسلامية من ألف سنة وأكثر وأحكام المحاكم المصرية تتفق مع الشريعة الإسلامية فيما يختص بتحديد رابطة السببية واعتبار السبب غير المباشر وتعدد أسباب الوفاة ، وليس منشأ هذا الاتفاق أن المحاكم المصرية ترجع للفقه الإسلامى وإنما منشؤه أن المحاكم المصرية تفصل فى هذه المواضيع النظرية الألمانية الإنجليزية

على النظرية الفرنسية ، والنظرية المفصلة تتفق مع الشريعة الإسلامية ، فمثلا حكمت محكمة النقض المصرية فى قضية ضرب أفضى إلى موت بأنه : « متى ثبت أن الضرب الذى وقع من المتهم هو السبب الأول المحرك لعوامل أخرى تعاونت وإن تنوعت على إحداث وفاة المجنى عليه ، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر فهو مسئول جنائياً عن كافة النتائج التى ترتبت على فعله ، مأخوذاً فى ذلك بقصده الاحتمالى لأنه كان من واجبه أن يتوقع كل هذه النتائج الجائزة الحصول[1] »

وأصدرت محكمة جنايات أسيوط حكماً فى قضية قتل ، أشارت فيه إلى الخلاف بين الشراح الفرنسيين من جهة ، وبين الألمان والإنجليز من جهة أخرى فيما يتعلق بالسبب وتحديد معنى السببية وقالت إنها تأخذ بنظرية الألمان والإنجليز لأنها أقرب إلى العدل وتصحح الطريق لمعاقبة من يتسبب فى قتل آخر بطريق غير مباشر متى كانت ظروف القتل تدل على أنه قصد ذلك[2]

وحكمت محكمة النقض فى قضية قتل بأن إذا طعن المتهم المجنى عليه بسكين متعمداً قتله ، فأحدث به جرحاً فى تجويف الرئة نتجت عنه الوفاة ، يكون مرتكباً لجناية القتل عمداً وإن تكن الوفاة قد حصلت بعد علاج ثمانية وخمسين يوماً بالمستشفى ، إذ من المبادىء المقررة أن الفاعل مسئول عن جميع نتائج فعله الغير قانونى التى كان يمكنه أو كان واجباً عليه أن يفترضها ، وهذه المسئولية ليست متوقفة على إثبات أن المجنى عليه قد عولج أحسن علاج طبقاً للعلوم الحديثة[3]

(١) نقض ٢١ مارس ١٩٣٨ القضية رقم ٩٩٦ سنة ٨ ق

(٢) محكمة جنايات أسيوط فى ٢٨ مارس سنة ٩٢٧ المجموعة الرسمية سنة ٩٢٨ العدد ٦٢

(٣) نقض ٢٢ / ١١ / ٩١٣ شرائع ١ ص ٨٦

٧٠ـ القتل بالترك . وكما يجوز في الشريعة الإسلامية أن يكون القتل بفعل مادي أو معنوي أي بفعل إيجابي ، فإنه يجوز أن يكون القتل بالسلب، أي بغير فعل إيجابي يصدر عن الجاني بحيث يمتنع الجاني عن عمل معين فيؤدي امتناعه إلى قتل المجني عليه ، فمن حبس إنساناً ومنعه عن الطعام أو الشراب أو الدفء في الليالي الباردة حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً فهو قاتل عمداً إن قصد بالمنع قتله ، وذلك ما يراه مالك [1] والشافعي [2] وأحمد [3] أما أبو حنيفة فلا يرى الفعل قتلا لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد لا بالحبس ولا صنع لأحد في الجوع والعطش ، ولكن أبا يوسف ومحمداً يريان الفعل قتلا عمدا ، لأنه لا بقاء لآدمي إلا بالأكل والشرب والدفء فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش والبرد عليه يكون إهلاكاً له [4] ولكنه قتل بالتسبب ولا يقتص في القتل بالتسبب عندهما وعند أبي حنيفة

والأم التي تمنع ولدها الرضاع قاصدة قتله تعتبر قاتلة عمداً ولو أنها لم تأت بعمل إيجابي [5]

ومن منع فضل مائه مسافراً عالماً بأنه لا يحل له منعه ، وأنه يموت إن لم يسقه اعتبر قاتلا عمداً له وإن لم يلِ قتله بيده [6] وهو رأي في مذهب مالك . ويرى البعض أنه قتل شبه عمد وهو رأي في مذهب أحمد [7]

وإذا حضرت نساء ولادة فقطعت إحداهن سرة الوليد وامتنعت عن ربط

(١) الشرح الكبير للدردير ح ٤ ص ٢١٥
(٢) نهاية المحتاج ح ٧ ص ٢٣٩
(٣) المغني ح ٩ ص ٣٢٨
(٤) بدائع الصنائع ح ٧ ص ٢٣٤ البحر الرائق ح ٨ ص ٢٩٥
(٥) شرح الدردير ح ٤ ص ٢١٥
(٦) مواهب الجليل للحطاب ح ٦ ص ٢٤٠
(٧) المغني ح ٩ ص ٥٨١

الحمل الشرى فات بعد القطع بقليل فهى قاتلة له عمداً ، ومن الممكن القول باعتبار بقية الحاضرات قاتلات إذا لم يربِطنَ الوسط ، لأن المهلك تركُ الربط فالهلاك بسبب إليهن كلهن [1]

٧١ - والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الممتنع لا يعتبر مسؤولا عن كل جريمة ترتبت على امتناعه ، وأنه يسأل فقط حيث يجب عليه شرعا أو عرفا أن لا يمتنع ومع ذلك فهناك خلاف على ما يوجبه الشرع والعرف ، ومن الطبيعي أن يكون هذا الخلاف ما دامت وجهات النظر مختلفة ، فمثلا يرى بعض الحنابلة أن من أمكنه إنجاء آدمي من هلكة كماء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك فلا مسؤولية عليه [2] ويرى بعض الحنابلة مسؤوليته [3] وأساس الاختلاف هل الإنجاء واجب أو غير واجب ؟

٧٢ - مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية : واتجاه فقهاء الشريعة في القتل بالترك هو نفس الاتجاه الذي سار فيه أغلب شراح القوانين الوضعية أخيراً ، أما قبل ذلك فقد كانت المسألة محل خلاف شديد بين شراح القوانين . فكان بعضهم يرى أنه لا يمكن إحداث الجريمة بالترك ، لأن الترك عدم ولا ينشأ عن العدم وجود ، وكان البعض يرى أن الترك يصلح سببا للجريمة كالفعل تماما لأن كليهما يرجع إلى إرادة الإنسان ، وقد انتهت الأغلبية أخيراً إلى التسليم بأن الترك يصلح سبباً للجريمة ولكنهم لم يأخذوا بالمبدأ على إطلاقه ، وقيدوه بأن يكون الشخص مكلفا في الأصل بالعمل وأن يكون الامتناع أو الترك مخالفة لهذا التكليف ، ويستوي عندهم أن يكون مصدر التكليف بالعمل القانون أو الاتفاق ، ومن الأمثلة التي يضربها شراح القوانين على القتل بالترك ، حبس

---

(١) الفتاوى الكبرى ص ٢٢ وما بعدها
(٢) الإقناع جـ ٤ ص ٢٠٥
(٣) المغني ج ٩ ص ٥٨١

شخص دون حق ومنع الطعام عنه بقصد قتله ، وامتناع الأم عمداً عن إرضاع وليدها بقصد قتله ، ويضربون مثلا على الحالة التي لا مسئولية فيها الامتناع عن إنقاذ مشرف على الغرق ، أو إنسان أحاطت به النار أو أقدم سبع على افتراسه ، والأمثلة في الوجهين تكاد تكون نفس الأمثلة التي يضربها فقهاء الشريعة الاسلامية

ويلاحظ أن اشتراط شراح القوانين أن يكون العمل واجباً بمقتضى القانون أو الاتفاق ، يساوى تماماً ما يشترطه فقهاء الشريعة من أن يكون العمل واجباً بمقتضى الشريعة أو العرف لأن تعارف الناس على وجوب أمر يساوى الاتفاق على وجوبه[1] فكأن القوانين الوضعية التي تعاقب على القتل بالترك تسير في إثر الشريعة الإسلامية وإذا كانت الأغلبية في فرنسا ترى العقاب على القتل بالترك فإن الأقلية وعلى رأسها « جارسون » ترى أن نصوص القانون الفرنسي وهي تماثل نصوص القانون المصرى لا تتسع للعقاب على القتل بالترك . وأنه إذا كان لابد من العقاب على هذه الجرائم ، فيتعين إصدار تشريع خاص يعاقب عليها

أما في انجلترا فالقانون الانجليزى لا يفرق بينما إذا كانت الجريمة ارتكبت بفعل أو ترك ، ويعاقب على الحالين ، فمن كان متكفلا بطفل ومنع عنه الطعام حتى مات جوعاً . يعاقب بعقوبة القتل العمد

وفي ايطاليا نص في قانون العقوبات الإيطالى الصادر في ١٩٣٠/١٠/١٩ على أنه إذا لم يمنع الإنسان حادثا هو ملزم قانوناً بمنعه فإن عدم منعه هذا الحادث يساوى إحداثه ، أي أن القانون الإيطالى يعاقب على القتل بالترك إذا كان العمل مما يوجبه القانون .

وفي مصر تعاقب المحاكم المصرية على القتل بالترك . فقد حكمت محكمة النقض في قضية تتلخص وقائعها في أن المتهم لعداء بينه وبين والد المجنى عليهما

---

(١) توجب الشريعة الوفاء بالعقود والاتفاقات فمن كان عليه واجب طبقاً لاتفاق فهو واجب طبقاً للشريعة الإسلامية مالم يكن مخالفا لنصوص الشريعة

خطف طفليه ووضعهما فى زراعة قصب بعد أن أحدث بهما إصابات أعجزتهما عن الحركة ثم تركهما يموتان جوعا ، وقد مات أحدهما فعلا وأسعف الآخر بعد العثور عليه ، وظهر من تشريح جثة القتيل أن وفاته حصلت من الصدمة العصبية الناشئة من الكسور والرضوض التى به مع ضعف الحيوية الناشىء عن عدم التغذية ، وقد قالت المحكمة فى معرض بيان نية القتل « أنه لا نزاع فى أن تعجيز شخص عن الحركة بضربه ضربا مبرحاً ، وتركه فى مكان منعزل محروماً من وسائل الحياة بنية القتل يعتبر قتلا عمداً متى كانت الوفاة نتيجة مباشرة لتلك الأفعال »[1]

وهكذا يتبين أن الشريعة الإسلامية سبقت القوانين الوضعية فى تقرير عقوبة القتل بالترك ، بأكثر من ألف سنة ، وأن القواعد التى وضعتها لهذه الحالة هى نفس القواعد التى أخذت بها القوانين أخيراً

٧٣ - عصمة القاتل : ويشترط فى الفعل القاتل أن يكون صادراً من معصوم حتى يمكن اعتباره مسئولا عن الجريمة ، فإن كان غير معصوم فإنه لا يسأل عن الفعل إذ مباح لغير المعصوم

ومعنى العصمة بالنسبة للقاتل يختلف عنه بالنسبة للمقتول ، فالعصمة بالنسبة للمقتول هى أن لا يكون مهدر الدم سواء كان ملتزماً أحكام الإسلام كالمرتد أو الزانى المحصن أم غير ملتزم لها كالحربى — أما العصمة بالنسبة للقاتل فهى التزام أحكام الإسلام سواء كان الملتزم مهدر الدم أو معصومه ، فيعتبر المرتد والزانى المحصن والقاتل عمداً معصومين إذا ارتكبوا القتل ولو كانت دماؤهم مهدرة لأنهم ملتزمون بأحكام الإسلام وهو يحرم القتل كما يحرم غيره من الجرائم التى تؤدى ارتكابها إلى إهدار الدم ، فإذا أهدر شخص دم نفسه بارتكاب جريمة فليس له أن يتخذ من ذلك سنداً لارتكاب أى جريمة أخرى بحجة أنه أصبح مهدر الدم .

(١) نقض ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ قضية رقم ٢١٠٥ سنة ٦ ق

وإذا كانت العصمة بالنسبة للقاتل هي التزام أحكام الإسلام فإن كل قاتل معصوم إلا الحربي[1] فإنه لا يعتبر معصوما حال حرابته ومن ثم فهو غير مسئول عن الجرائم التي يرتكبها ولو أسلم بعد ارتكابها لما تواتر من فعل الرسول والصحابة من عدم عقابهم من أسلم على ما فعله في حال حرابته ، كما أنه لا يسأل عن جرائمه السابقة ولو عقدت له ذمة أو أمان لقوله تعالى ﴿ قل للذين كفروا إن ينتهوا يُغفر لَهم مَا قَدْ سَلَف ﴾ [الأنفال ٣٨]

واعتبار الحربي غير معصوم وعدم عقابه عن أي جريمة يرتكبها هو عين العدالة ، لأن حالة الحرب القائمة بين دولته والدولة الإسلامية تقتضي أن يكون دم الحربي وماله هدراً ومباحاً للمسلم ، وأن يجعل مال المسلم ودمه هدراً ومباحا للحربي فالشريعة لا تميز المسلم عن الحربي وتبيح في حالة الحرب لأحدهما ماتبيحه للآخر

وتعتبر الجزية والأمان والهدنة التزاما بأحكام الإسلام ولو من بعض الوجوه فإذا دخل الحربي تحت عقد من هذه العقود اعتبر معصوما وعوقب على كل جريمة يرتكبها بعد العقد

٧٤ ـ كل ماسبق محله أن يكون من شأن فعل الجاني إحداث الوفاة وأن يحدثها فعلا فإن لم يكن من شأن الفعل إحداث الوفاة أصلاً كمن حاول قتل آخر بسلاح ناري غير معمر فإنه يمكن القول بأن الفقهاء لايرون العقاب على ذلك الفعل بدليل أنهم لم يتعرضوا له أصلا في باب القتل والجرح ، وفي هذا يتفق فقهاء الشريعة على الأقل مع من يقولون من شراح القوانين الوضعية بنظرية الجريمة المستحيلة وتعليل عدم العقاب في القانون هو أن جريمة القتل لم تقع ولا عقاب

(١) راجع الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص ٢١ ـ ومواهب الجليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٣ ونهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٥٠ ـ بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٥٢ وشرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٣٤٩ ـ والمغني الجزء العاشر ص ٤٣٦ إلى ٤٣٩ ، ٤٨ ، ٤٨٣

على جريمة لم تقع ، وأن جريمة الشروع فى القتل لا يكفى لوقوعها أن يقصد الجانى القتل بل يجب أن تكون الوسيلة التى استخدمت من شأنها إحداث القتل ، ومادامت الوسيلة لا تحدث القتل أصلا فلا تقع جريمة الشروع ولا عقاب على جريمة لم تقع ، أو أن الجريمة التامة وهى القتل يستحيل تنفيذها ، والشروع هو البدء فى التنفيذ ، فالجريمة التى يستحيل تنفيذها ، يستحيل بدء تنفيذها ، هذا هو التعليل القانونى لعدم العقاب وليس فى مبادىء الشريعة مايمنع قبول مثل هذا التعليل

على أن فقهاء الشريعة إذا كانوا لم يذكروا شيئا فى باب القتل عن عقاب من حاول جريمة مستحيلة فليس معنى ذلك أن العقاب غير جائز شرعا ، لأن مبادىء الشريعة فى الواقع لاتمنع من العقاب على الشروع فى الجريمة المستحيلة إذا رأت السلطة التشريعية ذلك مادام العمل فى ذاته اعتداء ، والتفسير الصحيح لسكوت الفقهاء ، هو أنهم فى باب القتل يتكلمون عن جريمة القتل والجرح المعاقب عليها بالقصاص والدية إذا ارتكبت فعلا ، فإذا حاول الجانى ارتكابها واخفقت وسائله فى الوصول إلى النتيجة المنشودة فعقوبته التعزير ، وتقدير عقوبة التعزير وتقديرها متروك للسلطة التشريعية ، تحدده كما تشاء وعما تشاء فضلا عن أنهم فى باب التعزير نصوا أن التعزير جائز فى كل معصية ليس لها حد مقدر ، والشروع فى الجريمة المستحيلة معصية لم يرد فيها حد مقدر

٧٥ - وإذا كان من شأن الفعل أن يحدث الوفاة ولكنه لم يحدثها فعلا فإما أن يكون ذلك راجعاً لأن الجانى لم يصب المجنى عليه ، أو لأنه أصابه وشفى من أصابته فإذا كان الجانى حاول إصابة المجنى عليه وأخفق فى إصابته كأن أطلق عليه مقذوفا ناريا أو رماه بسهم لم يصبه ، أو ضربه بسيف فحاد عنه فذلك هو ما يسمى بالشروع الخائب فى القوانين الوضعية ، وعقوبته فى الشريعة الاسلامية التعزير أى العقوبة التى تقدرها السلطات التشريعية لأن الفقهاء يرون التعزير فى الشتم وفى المواثبة ومعنى للمواثبة محاولة الاعتداء البسيط ، فمن باب أولى أن يعزر من حاول الاعتداء الجسيم .

وإذا كان فقهاء الشريعة لم يضعوا نظرية منظمة عن الشروع فى الجرائم كما فعل شراح القوانين، فليس معنى ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تفرق بين الجريمة التامة والشروع فيها ، إذ الواقع أنها فرقت بين الجريمة التامة والشروع من وقت نزولها حيث جعلت التعزير فى نوعين من الجرائم جعلته أولا فى كل جريمة لم يشرع فيها حد وجعلته ثانيا فى كل جريمة شرع فيها حد إذا كانت الجريمة لم تتم لأن الحد شرع فقط للجريمة التامة ، فيبقى مادون التمام لعقوبة التعزير

فمثلا جريمة الزنا من جرائم الحدود ، وحدها الرجم للمحصن والجلد لغير المحصن وهى لا تتم إلا بالوطء ، ومعناه دخول الحشفة أو قدرها فى الفرج فإذا لم تتم الجريمة على هذا الوجه فلا رجم ولا جلد وكانت العقوبة التعزير فيما دون الوطء أى فيما دون تمام الجريمة ، وجريمة السرقة حدها القطع وهى لا تتم إلا بإخراج المال من حرزه ، فإذا ضبط المتهم قبل إخراج المال من الحرز عزر ولم يقطع لأن القطع لا يكون إلا بتمام الجريمة وهى لم تتم وكذلك جريمة القتل حدها القصاص ولا تتم إلا بفعل من الجانى يقع على المجنى عليه ويكون من شأنه إحداث الوفاة ، فإذا بدأ المتهم جريمته وخاب أثرها لسبب لا دخل لإرادته فيه وجب التعزير

أما إذا أصيب المجنى عليه بشىء من إصابته فالفعل لا يعتبر فى الشريعة جريمة لم تتم أو بتعبير آخر شروعاً فى قتل وإنما يعتبر جرحاً ، لأن فعل الجانى كوّن جريمة تامة مستقلة هى جريمة الجرح ولهذه الجريمة عقوبة خاصة فى حالة العمد هى القصاص كلما أمكن ذلك أو الدية ، فليس إذن ثمة ما يدعو لاعتبار الفعل جريمة لم تتم وتعزير الجانى عليه

وقد أخذ القانون المصرى كغيره من القوانين الوضعية بهذه الطريقة فى جرائم الضرب فإذا لم يترك الضرب عاهة مستديمة ، أو لم يؤد لوفاة المجنى عليه ، فلا يعتبر الجانى شارعاً فى إحداث عاهة أو ضرب مفض لموت ، وإنما يعتبر ضارباً أو جارحاً لأن القانون يعتبر الضرب والجرح جريمة مستقلة أدنى مرتبة من إحداث العاهة والضرب المفضى للموت

ولكن كلا من القانون المصرى والفرنسى يختلف مع الشريعة فى حالة القتل العمد إذ يعتبر الجريمة التى لم تتم شروعاً فى قتل ولا يعتبرها جرحاً فكأن هذين القانونين يؤاخذان الفاعل على فعله بحسب قصده من هذا العمل أما الشريعة فتؤاخذه على فعله طبقاً لنتيجة فعله، وليس لهذا الخلاف أهمية لأنه فى تصوير الفعل القانونى والمهم أن كل تشريع يعاقب على الفعل بالعقوبة التى يراها مناسبة له

٧٦ـ تطبيقات على الأفعال القاتلة: رأينا أن نورد أنواعاً مختلفة من الأفعال القاتلة وبين آراء الفقهاء فيها تطبيقاً للقواعد التى سبق عرضها فإن ذلك أحرى أن يثبت هذه القواعد فى ذهن القارئ، ويساعد على فهم أسس الخلاف بين الآراء المختلفة

٧٧ـ القتل بالمحدد: والمحدد هو كل آلة محددة جارحة أو طاعنة لها مور فى البدن أى تفرق أجزاء الجسم، ولا يشترط أن يكون المحدد من مادة معينة، فيصح أن يكون من الحديد أو النحاس أو الرصاص أو الذهب أو الفضة أو الزجاج أو الخشب أو القصب أو العظم أو غير ذلك، ومثل المحدد السكين والرمح والبندقية والمسلة والسهم والقسلة والسيف، وحكم المحدد أن الجانى إذا أحدث به جرحاً كبيراً فأدى إلى الموت فهو قتل عمد لا خلاف فيه بين الفقهاء

فإذا جرحه جرحاً صغيراً كشرطة الحجام أوغرزه بإبرة أو شوكة أو ما أشبه، فإن كان ذلك فى مقتل كالعين والقلب والخاصرة فهو قتل عمد إذا مات فيه باتفاق أيضاً وكذلك الحكم لو بالغ فى إدخال الإبرة أو الشوكة فى الجسم ولو كانت فى غير مقتل كالعمد

أما إذا جرحه جرحاً صغيراً فى غير مقتل أو غرزه بإبرة أو شوكة فى غير مقتل فبقى ضمنا ـ أى سقيما ـ حتى مات أو مات فى الحال ففى المسألة رأيان عند الشافعى وأحمد. ـ أولهما أن القتل ليس عمداً بل هو شبه عمد، لأن الإبرة والشوكة والجرح لا تقتل غالبا، ووسيلة القتل يجب أن تكون قاتلة غالبا ـ ثانيهما أن القتل عمد لأنه بمحدد والمحدد لا تشترط فيه غلبة الظن

فى حصول القتل ، بعكس غير المحدد فلا بد أن يكون قاتلا ــ غالباً [١]

وفى مذهب أبى حنيفة [٢] يرون القتل فى حالة الإبرة والشوكة شبه عمد ، لأن الآلة ، وإن كانت جارحة إلا أنها لم تعد للقتل . فالإبرة مثلا معدة للخياطة ولا يقصد بها القتل عادة

أما الجرح البسيط فى غير مقتل فهو قتل عمد إذا أدى للموت وكان من آلة قاتلة معدة للقتل

ويرى مالك أن الجرح والغرز قتل عمد سواء كان فى مقتل أو فى غير مقتل، مادام الفاعل متعمداً ولم يأت بالفعل على وجه اللعب أو التأديب [٣].

وهكذا يتمسك كل بالشروط التى وضعها للآلة القاتلة . فالشافعيون والحنابلة يشترطون أن تقتل غالبا بالرغم من أنها محدد ، وإن كان بعضهم لا يرون هذا الشرط فى الآلة إذا كانت محددا ، والأحناف يشترطون أن تكون الآلة قاتلة ومعدة للقتل ، أما مالك فلا يشترط شيئا إلا أن يكون الفعل متعمدا على وجه العدوان

٧٨ ــ القتل بمثقل . والمثقل هو ما ليس له حد كالعصا والحجر . وآراء الفقهاء مختلفة فى المثقل

فمالك يرى كل قتل بالمثقل هو قتل عمد ، سواء كان المثقل يقتل غالبا أو لا يقتل غالبا،ما دام الفعل متعمداً على وجه العدوان لا على وجه اللعب والتأديب

ويرى الشافعى وأحمد أن الضرب بمثقل يقتل غالباً هو قتل عمد إذا أدى للموت كالعصا الغليظة والحجر وعود الحديد ويلحق بالمثقل ما يعمل عمله كإلقاء حائط أو سقف والإلقاء من شاهق ، ويعتبر أن القتل عمداً أيضاً ولو كان الضرب بمثقل صغير كعصا خفيفة أو حجر صغير أو لكزة بيد فى مقتل أو فى حال ضعف

(١) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٣٨ المغنى والشرح الكبير ص ٣٢٠ ، ٣٢١ والإقناع جـ ٤ ص ١٦٣

(٢) البحر الرائق جـ ٨ ص ٢٨٧ ــ ٢٨٩

(٣) شرح الدردير الكبير جـ ٤ ص ٢١٤ ، ٢١٥

المضروب لمرض أو صغر أو حر مفرط أو برد شديد ، ولو ضربه ضربة واحدة .

وكذلك يعتبر قاتلا عمدا ولو لم يكن الضرب فى مقتل ، ولو لم يكن المضروب ضعيفاً أو صغيراً ... الخ ، وذلك فى حالة تكرار الضرب ، لأن تكرار الضرب وموالاته يقتل غالباً . وهذا كله قائم على أساس القاعدة التى أخذ بها الشافعى وأحمد ، وهى اشتراط أن تكون الآلة أو الوسيلة قاتلة غالباً بذاتها أو لظروف الفعل ووقته وحال المجنى عليه وأثر الفعل فيه .

أما أبو حنيفة فيرى القتل بالمثقل قتلا شبه عمد أياً كان المثقل ثقيلا أو خفيفاً لأنه يشترط أن تكون الآلة قاتلة غالباً وأن تكون معدة للقتل ، والمثقل إذا قتل غالبا فإنه لا يعد للقتل ، ولا يستثنى أبو حنيفة من هذا إلا الحديد فى رواية ويلحق بالحديد ما هو فى معناه ، أى ما يستعمل استعماله كالنحاس والصفر ، فهذه إذا استعملت فى القتل كان القتل عمداً ولو لم تكن محددة أو طاعنة أى ولو كانت مثقلا كالعمود والسكة والمطرقة والعصا الملبسة بالحديد وقد استثنى أبو حنيفة الحديد لأنه يعمل عمل السلاح ، أو لأنه يعتبر سلاحا بنفسه لقوله تعالى ﴿ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ ﴾ فألحقه بالسلاح فى الحكم ، وجعل حكمه حكم المحدد وألحق ما فى معنى الحديد بالحديد فى الحكم

ويشترط النص فى الحديد أن يترك جرحا ليكون القتل عمدا ولكن النص الآخر يسوى فى الحكم بين الجراح والرضوض و يعتبر الفعل عمدا فى الحالين [2]

ويرى أبو يوسف ومحمد أن القتل بالمثقل قتل عمد إذا كان المثقل يقتل غالبا واعتبر المثقل آلة معدة للقتل باستعماله فى القتل ، فتوفر للمثقل شرطا أبى حنيفة : وهو أن يكون قاتلا غالبا . وأن يكون معدا للقتل ، فإذا لم يكن المثقل قاتلا

(١) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٣٨ وما بعدها المغنى والشرح الكبير ص ٣٢ ، ٣٢١ وما بعدها

(٢) الزيلعى جـ ٦ ص ٩٨ .

عالباً فالقتل شبه عمد ولو توالى الضرب[1] .

وحجة أبى حنيفة فى المثقل قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » وقد أخذ أبو حنيفة الحديث على إطلاقه وقال أن الرسول سمى هذا النوع من القتل عمد الخطأ وأوجب فيه الدية دون القصاص فهو إذن ليس بعمد وإنما شبه عمد ، ولما كان السوط والعصا والحجر أدوات غير جارحة وكل منها مثقل ، فكل مثقل له حكمها أى أن الضرب به لا يكون إلا شبه عمد ولم يستثن من ذلك إلا الحديد الذى لا حد له ، لأن الحديد آلة معدة للقتل بطبيعتها بقوله تعالى ﴿ وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ﴾ ولأن القتل بعمد الحديد معتاد ، أما بقية الأئمة فقد فسروا الحديث على أن المقصود به المثقل الصغير كالعصا الرفيعة والسوط والحجر الصغير وهذا أساس الاختلاف بين الأئمة فى حكم المثقل

٧٩ — الإلقاء فى مهلكة كأن يجمع بينه وبين أسد فى زبية أو ينهشه كلب أو سبع أو حية أو يلسعه عقرب

يرى أحمد أن الجانى إذا جمع بين المجنى عليه وبين أسد أو نحوه فى مكان ضيق ، فقتله الأسد فهو عمد إذا فعل به السبع فعلا يقتل مثله ، وإن فعل به السبع فعلا أو فعله الآدمى لم يكن عمداً فالفعل ليس قتلا عمداً ، لأن السبع صار آلة للآدمى فكان فعله كفعله وإن ألقاه مكتوفاً بين يدى أسد أو نمر فقتله فهو عمد ، وكذلك إن جمع بينه وبين حية فى مكان ضيق فنهشته فقتلته فهو عمد وكذلك لو لسعه عقرب من القواتل

وإن ألقاه فى أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته فهو عمد إن كان الفعل يقتل غالباً وإلا فهو شبه عمد

وإن نهشته حية أو سبع فقتله فهو عمد ، فإن كان مما لا يقتل غالباً كثعبان الحجاز أو سبع صغير ففيه رأيان

---

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ — ٢٨٩

أحدهما : أنه عمد لأن الجرح لايعتبر فيه علة حصول القتل ، ولأن الثعبان والسبع من جنس مايقتل غالباً

وثانيهما هو شبه عمد لأن الفعل لايقتل غالباً

وإن كتفه وألقاه فى أرض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمات فهو شبه عمد

وفى مذهب أحمد من يرى عدم مسؤولية الجانى فى حالة الجمع بين المجنى عليه وأسد أو حية لأن الأسد والحية يهربان من الآدمى، ولأن الفعل سبب غير ملجىء[1]

أما فى مذهب الشافعى فيفرقون بين الصبى والبالغ ، ويرون أنه إذا وضع جان صبياً فى مسبعة ولو زبية أسد غاب عنها فأكله السبع فلا مسؤولية على الجانى لأن الوضع ليس بإهلاك ، ولم يلجأ السبع إلى افتراسه

أما إذا ألقى الصبى على السبع وهو فى زبيته ، أو ألقى السبع عليه ، أو أغرى السبع به فهو قتل شبه عمد ، لأن السبع يثب فى المضيق وينفر بطبيعته من الآدمى فى المتسع مالم يكن السبع ضارياً يقتل غالباً فهو عمد

وفى المذهب رأى بمسئولية الجانى كلما عجز المجنى عليه أن ينتقل من المحل المهلك ، فإن عجز فالقتل شبه عمد إلا إذا كان السبع ضارياً لايتأتى الهرب منه فهو عمد فإن كان المجنى عليه يمكنه الانتقال من المحل المهلك فلم ينتقل أو وضع بغير مسبعة فاتفق أن سبعاً أكله أو كان المجنى عليه بالغاً فالفعل هدر لامسئولية عنه[2] وفى مذهب أبى حنيفة أن لاشىء على الجانى فى كل هذه الصور فى أى حالة ، ولو قتله السبع أو نهشته الحية أو لسعته العقرب[3]

أما مالك فالفعل عنده فى كل حال قتل عمد سواء كان الفعل يقتل غالباً أم لا مادام القصد منه العدوان المحض[4] .

(١) المغنى والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٢٤ ، ٣٢٥

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٣٢ وراجع ص ٢٤٨ أيضاً

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧

وأساس الخلاف بين القائلين بالمسئولية ومن لايقول بها هو اختلاف وجهة النظر فى طبيعة الحيوان وقدرة المجنى عليه على التخلص ، فمن رأى أن الحيوانات تنفر من الإنسان وتهرب منه وأن المجنى عليه يستطيع أن يتجنب الحيوان . وأن وجود الإنسان ولو مكتوفاً أمام الحيوان ليس فيه مايلجيء الحيوان لافتراسه أو نهشه أو لسعه من رأى هذا فذهب على رأيه عدم المسئولية كما فعل أبو حنيفة، ومن رأى أن الصغير لايستطيع أن ينجى نفسه كما يفعل الكبير ، أو أن الحيوان لاينفر منه كما ينفر من الكبير ، فقد رأى المسئولية فى حالة الصغير دون الكبير ، ومن رأى أن الهلاك مصدره عجز المجنى عليه عن الابتعاد عن المحل المهلك ، فقد جعل المسئولية فى حالة العجز كما فعل بعض الشافعية ، ومن لم ير هذا ولا ذاك . فقد جعل الجانى المسئولية إذا كان الفعل يقتل غالباً على اعتبار أنه قتل عمد ، فإن لم يكن يقتل غالبا فهو شبه عمد كما يعمل أحمد ، أما مالك فقد اعتبر الفعل مهلكاً ولم ينظر إلى غير هذا من الاعتبارات ، فإذا انتهى بالهلاك فالفعل قتل عمد

٨٠ – التغريق والتحريق : تسير مذهب الشافعى وأحمد فى هذه المسألة ومن رأيهما أن الجانى إذا ألقى المجنى عليه فى ماء أو نار لايمكنه التخلص منها إما لكثرة الماء والنار أو لأنه مكتوف يعجز عن الخروج منها أو لأن الجانى منعه من الخروج أو لكونه فى حفرة لايقدر على الصعود منها أو فى بئر عميقة ، فإذا أدى الفعل إلى موت المجنى عليه فهو عمد ، لأنه يقتل غالباً

وإن ألقاه فى ماء يسير يقدر على الخروج منه فلبث فيه مختارا حتى مات فلا مسؤولية على الفاعل لأن الفعل لم يقتله . وإنما قتله لبثه فى الماء وهو فعل نفسه فلا يسأل عنه غيره

وإن ألقاه فى نار يمكنه التخلص منها لقلتها أو ألقاه فى طرف منها بحيث يمكنه الخروج منها بأدنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا خلاف فى أن الفعل لا يعتبر قتلا عمداً لأنه لايقتل غالباً ، ولكنهم اختلفوا فى تحديد المسؤوليه على الجانى،

فرأى البعض أنه لايسأل عن القتل قياساً على حالة الإلقاء فى ماء يسير وإنما يسأل فقط عما أصابت النار منه باعتباره جارحاً . ويرى البعض أن الجانى مسؤول عن القتل شبه العمد لأن فعله أدى إلى الموت ، ولأن النار حرارة شديدة فربما أعجزته عن معرفة طريق الخلاص ، أو شنجت أعصابه فيعجز عن الخروج منها

وإن ألقاه فى لجة فالتقمه حوت ففى هذه المسألة رأيان

أولهما : يقول إنه قاتل لأنه ألقاه فى مهلكة فهلك فأشبه مالو غرق فى الماء .

والثانى . أن الهلاك كان نتيجة التقام الحوت له فأشبه مالو قتله آدمى آخر حين ألقى فى الماء . فلا يسأل إلا عن إلقائه فى الماء فقط وهو فعل عقوبته التعزير

وإن ألقاه فى ماء يسير لايهلك غالباً فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمساح فهو شبه عمد عند أصحاب الرأى الأول وعليه التعزير عند أصحاب الرأى الثانى .

وإن هلك غرقاً فهو شبه عمد باتفاق[1]

وإن كان المجنى عليه يحسن السباحة فألقى فى ماء مغرق وهو مكتوف أو زمن أو ضعيف فالفعل قتل عمد إن مات ، وإن منع من السباحة عارض بعد الإلقاء كريح أو موج فمات فشبه عمد ، وإن كان العارض قبل الإلقاء فالفعل عمد لأن الإلقاء مهلك غالباً .

وإن كان يحسن السباحة فامتنع عنها مع إمكانها فهلك فيرى البعض أن لامسئولية على الملقى لأنه هلك بامتناعه عن السباحة . ويرى البعض أن الفعل قتل شبه عمد لأن الإنسان لايسلم نفسه للموت عادة ، وقد يمنعه عن السباحة دهشة أو عارض باطن ، ولما كان الفعل لايهلك غالباً مادام يحسن السباحة فهو قتل شبه عمد[2] .

ويفرق أبو حنيفة وأصحابه بين التحريق والتغريق . لأنهم يلحقون التحريق

(١) المغنى جـ ٩ ص ٣٢٦ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٤٥

(٢) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

بالسلاح إذ يعمل عمله فيفرق أجزاء الجسم ، ومن ثم فالنار عندهم معدة للقتل فإن كانت تقتل غالباً فالفعل عمد ، وإن كانت لا تهلك غالباً فالفعل شبه عمد ، ويلحقون بالنار الماء المغلى والأشياء المصهورة والوضع فى فرن محمى ، وعلى هذا الأساس يتفق رأى أبى حنيفة وأصحابه فى التحريق مع رأى الشافعى وأحمد

أما التغريق فهو شبه عمد دائماً عند أبى حنيفة لأنه ملحقه بالمثقل ، وهو إن قتل غالباً ليس معداً للقتل ، ولكن أبا يوسف ومحمدا يريان أنه معد للقتل إذا استعمل وسيلة له ، وعلى هذا فإذا كان الماء قليلا لا يقتل غالباً وترجى منه النجاة فى الغالب وألقى فيه إنسان فمات فالفعل شبه عمد لا خلاف فيه فى مذهب أبى حنيفة ، وإن كان الماء عظيما ولكن المجنى عليه يستطيع النجاة بالسباحة وكان يحسنها وليس ثمة ما يمنعه منها بأن لم يكن مشدوداً ولا مثقلا فمات منها فهو شبه عمد عندهم أيضاً ، وإن كان بحيث لا يمكنه النجاة بالسباحة أولا يحسن السباحة فهو شبه عمد عند أبى حنيفة لما تقدم وعمد عند أبى يوسف ومحمد ، وإن ألقاه فى بئر فالفعل شبه عمد عند أبى حنيفة وعمد عندهما إن كان موضعا لا ترجى منه النجاة غالباً فإن كانت ترجى فهو شبه عمد[1]

أما مالك فالتحريق والتغريق عنده قتل عمد دائماً سواء كان الفعل مهلكا غالباً أم لا ما دام الفعل قد أدى للموت ولم يكن على وجه اللعب[2]

وأساس الخلاف بين الفقهاء هو اختلاف وجهة نظرهم فى شروط آلة القتل أو وسيلته ، وقد سبق أن شرحنا هذا الموضوع فى فقرة ٣٢ وما بعدها

٨١ — الخنق : المقصود من الخنق منع خروج النّفس بأى وسيلة سواء شنق الجانى المجنى عليه بحبل أو خنقه بيديه أو بحبل أو غمه بوسادة أو بأى شىء وضعه على فيه وأنفه ، فإن فعل به ذلك فى مدة يموت فى مثلها فهو قتل عمد ، وإن كانت مدة لا يموت فى مثلها فهو قتل شبه عمد

---

(١) البحر الرائق جـ٨ ص٢٩٤

(٢) الشرح الكبير للدردير ص ٢١٥ ، ٢١٦

وإن خنقه وتركه متألما حتى مات فهو عمد ، أما إن تنفس وصح بعد ذلك ثم مات فلا يسأل الجانى عن الموت لأنه لم يكن من الخنق

ويلحقون بالخنق عصر الخصيتين وحكمه حكم الخنق تماماً فإن كان العصر شديداً بحيث يقتل غالباً فهو قتل عمد ، وإن كان بحيث لا يقتل غالباً فهو شبه عمد .

هذا هو رأى الشافعى وأحمد فى الخنق[1] ، وظاهر أنهما تطبقان فى الخنق قاعدتهما التى وضعاها فى الوسيلة القاتلة أو أداة القتل ، فإن كانت تقتل غالباً اعتبر القتل عمداً وإن لم تكن اعتبر شبه عمد

أما أبو حنيفة فيعتبر الخنق فى كل الأحوال قتلا شبه عمد تطبيقاً لقاعدته الخاصة فى الوسيلة القاتلة وهى أن تقتل غالباً وأن تكون معدة للقتل والخنق وإن قتل غالبا ليس وسيلة معدة للقتل ، ولكن أبا يوسف ومحمدا يعتبران الخنق وسيلة معدة للقتل ومن ثم فهو عندهما قتل عمد إذا قتل غالبا وشبه عمد إذا لم يقتل غالباً[2]

والخنق عند مالك عمد فى كل الأحوال ما دام قد وقع بقصد العدوان ولم يكن على وجه اللعب والمزاح[3]

٨٢ — الحبس ومنع الطعام والشراب يعتبر الحبس مع منع الطعام والشراب قتلا عمداً عند الشافعى وأحمد إذا مات المحبوس فى مدة يموت فى مثلها غالبا وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والأحوال فإذا منع عنه الماء فى شدة الحر مات عطشاً فى الزمن القليل وإن كان الوقت بارداً أو معتدلا لم يمت إلا فى الزمن الطويل ، والكبير قد يتحمل عن الصغير ، والمتقشف قد يصبر أكثر من المرفه فتراعى هذه الاعتبارات ، فإن مات فى مدة يموت فى مثلها

---

(١) الشرح الكبير مع المغنى جـ ٩ ص ٣٢٦

(٢) البحر الرائق جـ ٨ ص ٢٩٤

(٣) الشرح الكبير للدردير ص ٢١

عالماً فالقتل عمد ، وإن مات في مدة لا يموت في مثلها غالبا فهو شبه عمد[1]

ومثل المنع عن الطعام والشراب مالو عراه أو منعه عن الاستظلال حتى قتله البرد أو الحر

وإن كان به جوع أو عطش سابق على حبسه وعلم الحابس بذلك فالعمل عمد، إذ المفروض أن مجموع المدتين بلغ المدة القاتلة ، وإن لم يعلم ففي المسألة رأيان

أحدهما أن القتل عمد ، لأن الحبس أهلك المحبوس ، فهو كما لو ضرب المريض ضرباً يهلكه دون الصحيح وهو جاهل مرضه فإنه يسأل عن قتله

والرأى الثاني يعتبر القتل شبه عمد لانتفاء قصد الإهلاك إذ الفاعل لم يأت بعمل مهلك أي أن المدة التي حبس فيها المجني عليه لاتهلك عادة[2] .

وأبو حنيفة لايرى مسؤولية الفاعل لأن الموت حصل بالجوع والعطش لا بالحبس والجاني لم يفعل إلا الحبس ، ولكن أبا يوسف ومحمداً يعتبران الجاني قاتلا شبه عمد[3] لأن الجاني منع بفعله الطعام والماء عن المجني عليه ، ولا حياة له بغيرهما فهو الذي أهلكه بمنعه . ولكنهما لا يعتبران القتل عمداً لأنهما لا يريان في الحبس وسيلة معدة للموت ، وإن كان في ذاته وسيلة تقتل غالباً فهما في رأيهما مقيدان بتوفر شرطي الوسيلة القاتلة ، كما أن الشافعي وأحمد يصدران في رأيهما عن هذه الوجهة

ويرى مالك الفعل في كل حال قتلا عمداً مادام أنه قد صدر على وجه العدوان[4]

٨٣ ـ القتل بسبب شرعي ومثله شهادة الزور على رجل بقتل عمد

١) المغني جـ ٩ ص ٣٢٨
(٢) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٤٠
(٣) البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٩٥
(٤) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٥

أو ربا أو ردة ، فحكم بقتله ، ثم يتضح كذب الشهود بعد تنفيذ الحكم ، والأئمة جميعاً[١] يعتبرون الشاهد قاتلا عمداً ، ولأن القتل بالتسبب وليس مباشراً ، فإن أبا حنيفة لا يرى فيه القصاص ، والقاعدة عنده أن القتل بالتسبب لاقصاص فيه إلا إذا كان السبب ملجئاً

والقاضى إذا حكم بالإعدام على شخص ظلماً وهو عالم بذلك ومتعمد له اعتبر قاتلا للمحكوم عليه عمداً ، وولى الدم إذا قتل المحكوم عليه بالقصاص ظلماً وهو عالم أنه مظلوم يعتبر قاتلا له عمداً

٨٤ - القتل بوسيلة معنوية . يرى مالك أن القتل بطريق معنوى معاقب عليه باعتباره قتلا عمداً . فمن ألقى على إنسان حية ولو كانت ميتة فمات فرقا ورعبا فهو قاتل له عمداً ، وإذا سل عليه سيفاً فمات فرقا فهو قاتل له عمداً[٢]

ويرى أحمد أن الجانى إذا شهر سيفا فى وجه إنسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته ، أو صاح به صيحة شديدة فخر من سطح أو نحوه فمات ، أو تغفل عاقلا فصاح به فخر ميتاً فإنه إن تعمد ذلك كله فهو قاتل قتلا شبه عمد ولا يعتبر أحمد القتل عمداً لأن وسيلة القتل لاتقتل غالبا .

وإذا بعث السلطان لامرأة ليحضرها إلى محل الحكم فأفزعها ذلك وأسقطت جنينا ميتاً ضمنه فإن ماتت المرأة من الإجهاض الذى ترتب على الفزع فالحادث قتل شبه عمد - وكذلك من استعدى السلطان على امرأة فأحضرت إلى محل الحكم ففزعت وألقت جنينها أو ماتت من الفزع كان القاتل لما هو المستعدى مالم تكن ظالمة له فلا يكون مسؤولا لأنها أحضرت بسبب ظلمها[٣]

(١) المغنى جـ ٩ ص ٣٣٢ نهاية المحتاج جـ٧ ص ٢٤١ بدائع الصنائع جـ٧ ص٢٣٩

(٢) الشرح الكبير للدردير ص ٢١٧

(٣) المغنى جـ ٩ ص ٤٨٧ - ٥٨

ويتفق مذهب الشافعي في مجموعته مع مذهب أحمد ، إلا أن الشافعية منقسمون في هذه المسألة ، فالبعض يفرق بين المميز وغير المميز ، ويرون أن لا مسئولية على الفاعل إذا كان المجني عليه مميزاً ، لأن المميز لا يفزع عادة وإذا فزع فنادراً ولا حكم للنادر ويرى البعض الآخر أن لا فرق بين المميز وغير المميز وأن الفاعل مسئول عن فعله مادام قد أدى للموت . والفريقان يعتبران الفعل في حالة المسئولية قتلا شبه عمد ، لأن الوسيلة لا تقتل غالباً ، ولكن القائلين بقصر العقوبة على حالة غير المميز بعضهم يعتبر الفعل قتلا عمداً وبعضهم يعتبره شبه عمد

والشافعية رأى خاص في حالة الإجهاض من الفزع . فهم يرون مسئولية السلطان عن الإجهاض وعن موت المرأة بسبب الإجهاض ولكن إذا ماتت المرأة من الفزع لا بسبب الإجهاض فلا مسؤولية ، وعلة ذلك على ما نظن أن الحاكم حين استدعاها كان يؤدى واجباً عليه ، أو يستعمل حقاً له قبلها وكذلك الشاكى كان يستعمل حقه[1] ويرى أبو حنيفة أن من صاح على إنسان فجأة فمات من صيحته فهو قاتل له قتلا شبه عمد[2] .

٨٥ – القسم لا يخصص فقهاء الشريعة للتقسيم فصلا خاصاً مكتفين

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣ – ٢٤٢

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ يحمل الفقهاء السلطان مسئولية إجهاض المرأة إذا طلبها ففزعت وألقت حملها اتباعاً لما فعل عمر رضى الله عنه فقد طلب امرأة ففزعت وأخذها الطلق فألقت ولداً صاح صيحتين ومات فاستشار عمر أصحاب النبي ، فقال بعضهم . ليس عليك شيء إنما أنت وال ومؤدب وصمت على فقال عمر ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال . إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم . وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك إن ديته عليك لأنك أفزعتها فألقته فقال عمر . أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك والفقهاء وإن اتفقوا على مسئولية السلطان فإنهم يختلفون فيمن يحمل الدية أهو السلطان نفسه وعاقلته أم بيت المال ؟

فطبيق القواعد العامة على هذا النوع من وسائل القتل كما تطبقونها على التغريق والتحريق . وهم يخالفون فى طريقتهم ماسير عليه شراح القوانين فى مصر وفرنسا وغيرهما من تخصيص فصل للكلام على القتل بالسم وعلة عدم التخصيص فى الشريعة هى أن عقوبة القتل العمد فى الشريعة واحدة مهما اختلفت وسائل القتل وهى القصاص ، فلم يكن ثمة مايدعو للتخصيص أما فى القانون المصرى والفرنسى مثلا ، فإن عقوبة القتل بالسم تختلف عن عقوبة القتل العادى ، ومن ثم كان هناك مايدعو للتخصيص ويرى مالك أن القتل بالسم قتل عمد فى كل حال سواء كانت المادة سامة كثيراً أو قليلا ، تقتل غالباً أو كثيراً أو نادراً ، مادام الجانى قد انتوى قتل المجنى عليه بهذه الوسيلة ، ومادام المجنى عليه قد مات فعلا

ويستوى عند مالك أن يقدم الجانى الطعام أو الشراب أو اللباس المسموم بنفسه للمجنى عليه أو بواسطة آخر ، أو يضعه فى طعامه أو شرابه أو لباسه دون أن يقدمه له[1] فهو قاتل عمداً له فى كل حال إلا إذا علم المجنى عليه بأن الطعام أو الشراب مسموم ثم تناوله مع علمه فهو القاتل لنفسه

ويرى أحمد أن الجانى إذا سقى المجنى عليه السم كرهاً أو خلطه بطعامه أو شرابه فأكله دون أن يعلم بأنه سم فالجانى مسؤول عن القتل العمد إذا كان السم مما يقتل غالباً . فإن كان السم مما لايقتل مثله غالباً فالقتل شبه عمد .

وإن خلط الجانى السم بطعام نفسه فدخل إنسان منزله دون إذنه وأكله فلا مسئولية على الجانى ، لأن الداخل هو الذى قتل نفسه بفعله ، وإذا دخل المجنى عليه المنزل بإذنه أى بإذن الجانى . وأكل الطعام المسموم دون إذنه فالحكم ماسبق[2]

ويتفق الشافعى مع أحمد فى حالة الإكراه ، فإذا سقى الجانى المجنى عليه السم كرهاً عنه فهو قاتل عمداً إذا كان السم يقتل غالباً ، فإن لم يكن يقتل

(١) الشرح الكبير للدردير ص ٢١٧
(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٤٢

عالما فهو شبه عمد ، وكذلك الحكم لو أكره إنسانا على أن يشرب السم بشرط أن لا يعلم بأنه سم

ويختلف مذهب الشافعى عن مذهب أحمد فيما عدا ذلك أى فى حالة تقديم الطعام المسموم للمجنى عليه . أو وضع السم فى شرابه أو طعامه ، فيرون أن الطعام المسموم أو الشراب المسموم إذا قدم لضيف ، فإن كان الضيف صبياً غير مميز أو مجنونا أو أعجميا يرى طاعة المضيف وكان السم مما يقتل غالبا فالجانى قاتل عمداً ، وإن لم يكن مما يقتل غالبا فالقتل شبه عمد

أما إذا كان الضيف بالغا عاقلا فيرى البعض أن الجانى قاتل عمداً إذا كان السم مما يقتل غالبا ، فإن لم يكن مما يقتل غالبا فالقتل شبه عمد ويرى البعض الآخر أن القتل فى كل حال شبه عمد ، ولعل حجتهم أن البالغ العاقل يستطيع أن يمتنع عن تناول المادة المسممة بعكس غير المميز فإنه يغرر به بسهولة ويصعب عليه الامتناع عن تناولها ، والقدرة على الامتناع تجعل التسميم غير قاتل غالباً ، فيكون القتل شبه عمد ، ويرى البعض الثالث أن لا مسئولية على الجانى لأنه تناول المادة المسممة بنفسه ، فقطع فعله فعل الجانى ، أى أن المباشرة اجتمعت مع السبب فتغلبت عليه ، ويرد على ذلك بأن المباشرة لا تغلب السبب إلا إذا اضمحل معها ، ولا يضمحل السبب إلا إذا علم المجنى عليه أن الطعام مسموم ثم تناوله ، فى هذه الحالة تغلب المباشرة السبب ويقطع فعل المجنى عليه فعل الجانى .

وإذا دس الجانى السم فى طعام المجنى عليه أو شرابه فأكله جاهلا ومات ، فيرى الشافعيون فيه الآراء الثلاثة السابقة ، ولا يفرقون هنا بين المميز وغير المميز كما فى حالة تقديم الطعام أو الشراب المسموم إلى الضيف[1]

وأساس الخلاف بين الشافعى وأحمد هو اختلاف الرواة فى حديث اليهودية قدمت شاة مسمومة للنبى صلى الله عليه وسلم فأكل منها هو وبشر بن البراء، فقد روى أنس بن مالك الحديث ولم يذكر أن النبى قتلها لما مات بشر ، ورواه أبو سلمة

(١) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٤٣

فذكر أن النبي أمر بها فقتلت لما مات بشر ، وقد بنى الشافعي مذهبه على رواية أنس ، وبنى أحمد مذهبه على رواية أبي سلمة ، ومن هذا الطريق جاء اختلاف المذهبين في تقديم الطعام المسموم ، أو دس السم في طعام المجني عليه

أما اختلاف الشافعية فيما بينهم فأساسه أخذ بعضهم برواية أبي سلمة وأخذ البعض برواية أنس بن مالك وجمع البعض الآخر بين الروايتين ومحاولة التوفيق بينهما .

ولا يعتبر أبو حنيفة وأصحابه تقديم الطعام والشراب المسموم للمجني عليه أو دسه في طعامه وشرابه قتلا عمداً ، ولو أكله المجني عليه أو شربه جاهلا بأنه مسموم وعندهم أن المجني عليه هو الذي قتل نفسه بتناول المادة المسممة ، ولكن الجاني يعزر لأنه غرر بالمجني عليه .

أما إذا أوجر الجاني المجني عليه السم إجباراً ، أو ناوله له وأكرهه على شربه حتى شرب فالفعل قتل شبه عمد عند أبي حنيفة سواء كان السم يقتل غالبا أو لا يقتل غالباً فإن كان يقتل غالبا فالفعل قتل عمد ، لأن السم إذا كان يقتل غالبا فهو باستعماله معد للقتل ، وإن كان لا يقتل غالبا فالفعل شبه عمد

الركن الثالث

أن يقصد الجاني إحداث الوفاة

٨٦ — يشترط لاعتبار القتل عمداً عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد أن يقصد الجاني قتل المجني عليه فإن لم يتوفر هذا القصد فلا يعتبر الفعل قتلا عمداً ولو قصد الجاني الاعتداء على المجني عليه لأن نية العدوان المجردة عن قصد القتل لا تكفي لجعل الفعل قتلا عمداً

٨٧ — ولقصد القتل أهميه خاصة عند الأئمة الثلاثة لأنه هو الذي يميز القتل

العمد عن القتل شبه العمد وعن القتل الخطأ إذ الفعل الواحد يصلح أن يكون قتلا عمداً أو شبه عمد أو خطأ والذى يميز هذه الأنواع الثلاثة من القتل أحدها عن الآخر هو قصد الجانى فإن تعمد الجانى الفعل بقصد قتل المجنى عليه فهو قتل عمد وإن تعمد الفعل بقصد العدوان المجرد عن نية القتل فهو شبه عمد ، وإن تعمد الفعل دون قصد عدوانى أو دون أن يقصد نتيجته فهو خطأ

٨٨ — ولا يشترط مالك لاعتبار الفعل قتلا عمداً أن يقصد الجانى قتل المجنى عليه ويستوى عنده أن يقصد الجانى قتل المجنى عليه أو أن يتعمد الفعل بقصد العدوان المجرد عن نية القتل مادام أنه لم يتعمد الفعل على وجه اللعب أو التأديب فالجانى فى كلا الحالين قاتل عمداً[1] وهذا الرأى يتفق مع منطق مالك لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد ولا يرى القتل إلا نوعين فقط عمد وخطأ فاقتضى منه ذلك أن يعتبر الجانى قاتلا عمداً بمجرد توفر قصد العدوان ولو أنه اشترط توفر نية القتل عند الجانى لترتب على هذا الشرط أن يدخل فى باب الخطأ كل مايدخل فى باب شبه العمد عند الفقهاء الآخرين

٨٩ — وبعض كتب الفقه فى مذاهب الأئمة الثلاثة تشترط صراحة قصد القتل فى الجانى وبعضها لا يذكر شيئاً إطلاقاً عن قصد القتل وقد يوهم هذا أن هناك خلافا على اشتراط قصد القتل والواقع أنه لا خلاف إطلاقاً فى اشتراط قصد القتل وإنما الخلاف جاء فى طريقة التعبير ، فالأصل أن نية القتل شرط أساسى فى القتل العمد ولما كانت هذه النية أمراً باطنياً متصلا بالجانى كامنا فى نفسه ومن الصعب الوقوف عليها فقد رأى الفقهاء أن يستدلوا على نية الجانى بمقياس ثابت متصل بالجانى و يدل غالبا على نيته وصيغته ذلك المقياس هو الآلة أو الوسيلة التى يستعملها فى القتل إذ الجانى فى الغالب يختار الآلة المناسبة لتنفيذ قصده من الفعل

(١) مواهب الجليل للحطاب جـ ٦ ص ٢٤ الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٥

فإن قصد القتل اختار الآلة الملائمة للعمل والتي تستعمل غالبا كالسيف والبندقية والعصا الغليظة وإن قصد الضرب دون القتل اختار الآلة الملائمة لقصده كالضرب بالقلم أو العصا الخفيفة أو السوط فاستعمال الآلة القاتلة غالبا هو المظهر الخارجي لنية الجاني وهو الدليل المادي الذي لا يكذب في الغالب لأنه من صنع الجاني لا من صنع غيره ومن ثم اشترط الفقهاء أن تكون الآلة أو الوسيلة قاتلة غالبا لأن توفر هذه الصفة فيها دليل على أن الجاني قصد قتل المجني عليه واستغنوا بهذا الشرط الدال على قصد القتل عن مدلول الشرط أي أنهم أقاموا الدليل مقام المدلول فلم يعد بعد هذا ما يدعو لاشتراط قصد القتل ، لأن اشتراط أن تكون الآلة قاتلة غالبا يغني عن اشتراط القصد ولهذا لا نجد في كتب الفقه كتابا يعرف القتل العمد أو شبه العمد فيذكر قصد القتل في التعريف إلا نادراً وإنما يذكر القصد في مناسبات أخرى وأخصها بيان الفرق بين العمد وشبه العمد وتعليل تسمية شبه العمد بهذا الاسم أنهم يصرحون بأن شبه العمد لا يشترط فيه قصد القتل ، وأن هذا هو ما يميزه عن العمد ، لأنهم يرون أن العمد هو ما قصد فيه الفعل والقتل ، وأن شبه العمد ما قصد فيه الفعل دون القتل ولذلك سمي خطأ العمد أو عمد الخطأ لأنه عمد في الفعل خطأ في القصد ، ونستطيع أن نعرض عينة من أقوال الفقهاء في هذا الموضوع فمثلا يعرف الزيلعي وهو حنفي المذهب القتل العمد فلا يذكر شيئاً عن قصد القتل ولكنه يجتهد في بيان أنه تعمد الفعل بما يقتل غالبا من وسائل معدة للقتل فإذا عرف شبه العمد قال إنه تعمد الضرب بما لا يقتل غالبا وأنه سمي بشبه العمد لأن فيه قصد الفعل لا القتل[1] ويعرف صاحب بدائع الصنائع وهو حنفي المذهب القتل العمد فلا يذكر شيئا كما فعل الزيلعي عن قصد القتل ولكنه حين يتكلم عن شرائط القصاص يقول إن القاتل عمداً يجب أن يكون متعمداً القتل قاصداً إياه[2] ويعرف صاحب المهذب وهو

(١) الزيلعي ج ٦ ص ٩٨ ، ١

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤

شافعى القتل العمد بأنه قصد الإصابة بما يقتل غالباً فيقتله ثم يعرف شبه العمد بأنه قصد الإصابة بما لا يقتل غالباً فيموت منه ويقول إنه لا تجب فى شبه العمد عقوبة القتل العمد لأن الجانى لم يقصد القتل (١) ويعرف الماوردى وهو شافعى القتل العمد بأنه تعمد قتل النفس بما يقتل غالبا ويعرف شبه العمد بأن فاعله يكون عامداً فى الفعل غير قاصد القتل(٢) ويعرف معظم فقهاء المذهب الشافعى العمد بأنه قصد الفعل وعين الشخص بما يقتل غالبا كما يعرفون شبه العمد بأنه قصد الفعل والشخص بما لا يقتل غالبا(٣) ولكنهم حين يفرقون بين أفعال العمد وشبه العمد يميزون العمد بقصد الجانى إهلاك المجنى عليه مع أنهم لا يذكرون قصد القتل صراحة فى تعريف العمد أو شبه العمد ، ويعرف صاحب المغنى وهو حنبلى المذهب القتل العمد فيقول ما خلاصته أنه الضرب بما يقتل غالبا ولكنه حين يتكلم عن شبه العمد يقول عنه إنه الضرب بما لا يقتل غالبا ثم يشرح هذا فيقول إن الضرب فى شبه العمد يكون إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والوكز وسائر مالا يقتل غالبا وهو شبه عمد لأنه قصد الضرب دون القتل ويسمى عمد الخطأ وخطأ العمد لاجتماع العمد والخطأ فيه فإنه تعمد الفعل وأخطأ فى القتل(٤) ويعرف صاحب الشرح الكبير وهو حنبلى المذهب العمد وشبه العمد بمثل ما عرفهما به زميله السابق وصاحب الإقناع وهو حنبلى أيضا يشترط فى العمد القصد ويعرف العمد بقوله « أن يقتل قصداً بما يغلب على الظن موته به » ثم يعرف شبه العمد فيقول. أن يقصد الجناية إما لقصد العدوان عليه أو التأديب له فيسرف فيه بما لا يقتل غالبا قصد قتله أو لم يقصده(٥) وظاهر مما سبق أن اشتراط قصد القتل هو المميز بين

(١) المهذب ج ٢ ص ١٨٤ ، ١٨٥
(٢) الأحكام السلطانية ص ٢١٩ ، ٢٢
(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢،٣،٤ ــ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٥ ــ ٢٤٠ ، حاشية البجيرمى على المنهج ج ٤ ص ١٢٩ ، ١٣١
(٤) المغنى ج ٩ ص ٣٢١ ، ٣٢٧
(٥) الاقناع ج ٤ ص ١٦٣ ، ١٦٨

العمد وشبه العمد وإذا كان صاحب الإقنـــاع قد صرح باشتراط القصد فإنه مع ذلك لم يذكره فى تعريف العمد واكتفى باشتراط أن تكون الآلة قاتلة غالبا كما أنه يلاحظ عليه أنه لم يعتبر القصد أصلا فى الحالة التى تكون فيها الآلة غير قاتلة غالبا وهو منطق دقيق

فقد رأى أنه إذا كانت الآلة القاتلة غالبا دليلا على توفر قصد القتل ، فإنه يجب أن تكون الآلة التى لا تقتل غالبا دليلا على انتفاء قصد القتل ما دامت الآلة هى الدليل المادى على قصد الجانى ، وعلى كل حال فإن هذا الذى يراه هو نفس ما يراه بقية الفقهاء ممن ذكرنا ومن لم نذكر،ولو أنهم لم يصرحوا بهذا فى تعريف شبه العمـــد كما صرح صاحب الإقناع ، ولكن المتتبع لأمثلتهم وتطبيقاتهم يجد أنهم يعتبرون الفعل شبه عمد إذا كانت الوسيلة غير قاتلة غالبا ، بغض النظر عما إذا كان الجانى قصد القتل أم لم يقصده ، ولعلهم لم يصرحوا بهذا فى التعريف كما لم يصرحوا باشتراط القصد فى العمد ، ويكون إذن معنى قولهم : إن القاتل فى شبه العمد لم يقصد الفعل أنه لم يقصده فرضا أو حكما لا فعلا ، ومن الأمثلة على ذلك أن الضربة أو الضربتين بالعصا وضرب المولاة لا يعتبر قتلا عمداً ولو قصد الجانى قتل المجنى عليه[1] فى رأى أبى حنيفة وأصحابه ، وأن القتل بطريق معنوى يعتبر قتلا شبه عمد فى مذهب الشافعى وأحمـد ، لأن الوسيلة لاتقتل غالبا ، وأن الضرب بما لا يقتل غالبا يعتبر قتلا شبه عمد ولو قصد الجانى قتل المجنى عليه ما دام الضرب لم يكن متواليا ولا على ضعيف أو صغير أو فى حر شديد أو فى برد شديد[2]

ومع أن الفقهاء قد جعلوا استعمال الآلة أو الوسيلة القاتلة غالبا دليـلا على توفر القصد للقتل عند القاتل . وجعلوا استعمال الآلة أو الوسيلة التى لا تقتل غالبا

---

(١) راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٤ والبحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٨، ٢٩٤، ٢٩٥

(٢) راجع نهاية المحتاج الشافعى ص ٢٣٧ ، ٢٤، ٣٣٠، ٣٣٣ وراجع المغنى ج ٩ ص ٣٢٠ إلى ٣٢٨ وص ٥٧٧ ــ ٥٨١

دليلا على انتفاء قصد القتل عند القاتل ، إلا أنه يجب أن لا يفهم من هذا المساواة التامة فى الحالين، فهناك فرق دقيق لا يصح أن يعزب عن البال ، وهو أن افتراض توفر قصد القتل عند من يستعمل آلة تقتل غالبا هو فرض يقبل النفى فللجانى أن يثبت العكس ، أى أنه لم يقصد القتل ، أما افتراض انعدام نية القتل عند من يستعمل آلة لا تقتل غالبا فهو فرض لا يقبل النفى ، فلا يجوز إثبات عكسه ولو اعترف الجانى نفسه بأنه قصد القتل ، بل يكذب اعترافه بكون الآلة غير قاتلة ، والملاحظ فى حالة قبول النفى وعدم قبوله هو مصلحة المتهم لا مصلحة غيره وإن كانت مصلحة الجماعة روعيت فى حالة استعمال آلة تقتل غالبا بافتراض أن نية القتل متوفرة ، فلا يجد الاتهام ضرورة لإثبات نية القتل مادام المتهم لم يثبت أنه لم يقصد القتل ، وأنه لم يستعمل الآلة القاتلة لهذا الغرض

٩٠ ـ وليس للبواعث التى دفعت الجانى لارتكاب جريمته أثر ما على مسؤوليته ولا عقوبته فى الشريعة فإذا ارتكب الفعل بقصد الإضرار بالمجنى عليه أو لباعث غير شريف ، فإن ذلك لا يزيد فى مسؤوليته أو عقوبته شيئا ، كما أن ارتكاب الفعل لباعث شريف لا يخفف مسؤولية الجانى أو عقوبته شيئاً

٩١ ـ رضاء المجنى عليه بالفعل : من القواعد الأصلية المسلم بها فى الشريعة أن رضاء المجنى عليه بالجريمة لا يجعلها مباحة إلا إذا كان الرضاء ركناً من أركان الجريمة كالسرقة مثلا فإن رضاء المجنى عليه بأخذ ماله يجعل الأخذ فعلا مباحاً، والرضاء ليس ركناً فى جريمة القتل والضرب ، فتطبيق هذه القاعدة الأصلية المسلم بها يقتضى أن لا يكون لرضاء المجنى عليه فى جريمة الضرب والقتل أثر ما على المسؤولية الجنائية أو العقوبة ، ولكن هناك قاعدة أخرى أصلية مسلم بها ، وهى أن للمجنى عليه وأوليائه حق العفو عن العقوبة فى جرائم القتل والضرب فلهم أن يعفوا عن القصاص إلى الدية ، ولهم أن يعفوا عن الدية والقصاص معاً ، فلا يبقى إلا تعزير الجانى أن رأت السلطة التشريعية ذلك

وقد أدى وجود القاعدة الثانية إلى الاختلاف بين الفقهاء فى تطبيق القاعدة الأولى على جرائم القتل والضرب ، كذلك تختلف آراء الفقهاء فى العقل عنها فى القتل والجرح

الرضاء بالقتل . يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقتل لا يبيح القتل ، لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع ، والإذن بالقتل ليس منها ، فكان الإذن عدماً لا أثر له على الفعل ، فيبقى الفعل محرما معاقبا عليه باعتباره قتلا عمداً لكنهم اختلفوا فى العقوبة التى توقع على الجانى ، فرأى أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد أن تكون العقوبة الدية ودرؤوا عقوبة القصاص عن الجانى على أساس أن الإذن بالقتل شبهة، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم يقول. «ادرؤوا الحدود بالشبهات» والقصاص معتبر حداً ، فكل شبهة تقوم فى فعل مكون لجريمة عقوبتها القصاص يدرأ بها الحد عن الجانى ورأى زفر أن الإذن لا يصلح أن يكون شبهة ، ومن ثم فهو لا يدرأ القصاص فوجب أن يكون القصاص هو العقوبة[1]

والرأى الراجح فى مذهب مالك . أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة ولو أبرأ المجنى عليه الجانى من دمه مقدما لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد ، وعلى هذا يعتبر الجانى قاتلا عمداً ، ولكن بعض أصحاب هذا الرأى يرون أن تكون العقوبة القصاص و يعاقب بالعقوبة المقررة له ، ويرى البعض الآخر أن الإذن شبهة تدرأ القصاص ، ومن ثم يوجبون الدية ، أما الرأى المرجوح فنسبه ابن عرفة « لسحنون » ومقتضاه أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ، ولكنه يسقط العقوبة فلا قصاص ولا دية وإنما التعزير ولكن الرأى المعروف عن سحنون فى « كتاب العتبية » أنه يرى عقاب القاتل وإن كان يدرأ القصاص عنه للشبهة[2]

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦

(٢) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٣٥ ـ ٢٣٦ و شرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٣

وفى مذهب الشافعى رأيان . أولهما أن الإذن فى القتل يسقط العقوبة ولا يبيح الفعل ومن ثم فلا قصاص ولا دية ، ثانيهما أن الإذن فى القتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة ولكنه شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية[1] وبعض أصحاب هذا الرأى يرى القصاص لأن الإذن ليس شبهة .

أما أحمد فيرى أن لا عقاب على الجانى لأن من حق المجنى عليه العفو عن العقوبة ، والإذن بالقتل يساوى العفو عن العقوبة فى القتل[2] وهذا يتفق مع الرأى الأول فى مذهب الشافعى

٩٢ - الرضاء بالجرح : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقطع والجرح يترتب عليه منع العقوبة ، لأن الأطراف عندهم يسلك بهـــا مسلك الأموال ، وعصمة المال تثبت حقاً لصاحبه فكانت العقوبة على القطع والجرح محتملة السقوط بالإباحة والإذن ، ولكنهم اختلفوا فيما إذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت ، فأبو حنيفة يرى الفعل قتلا عمـــداً لأن الإذن كان عن الجرح أو القطع ، فلما مات تبين أن الفعل وقع قتلا لا جرحاً ولا قطعاً ومن ثم فعليـــه عقوبة القتل العمد ولما كان الإذن يعتبر شبهة تدرأ القصاص فتعين أن تكون العقوبة الدية ، أما أبو يوسف ومحمد فى رأيهما أنه إذا أدى الجرح أو القطع للموت فلا شىء على الجانى إلا التعزير لأن العفو عن الجرح أو القطع عفو عما تولد منه وهو القتل[3]

وفى مذهب مالك أن الإذن بالجرح والقطع لا عبرة به إلا إذا استمر مبرأً له بعد الجرح والقطع فإن لم يبرئه بعد الجرح والقطع ففيه العقوبة المقررة وهى القصاص أو الدية ، أما إذا استمر مبرئاً له يسقط العقوبة المقررة وهى القصاص والدية ويحل محلهما التعزير مالم يؤد الجرح أو القطع إلى الموت فيعاقب الجانى

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٤٨

(٢) الإقناع جـ ٤ ص ١٧١

(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٣٦ - ٢٣٧

بعقوبة القتل العمد[1] والإذن بالجرح أو القطع فى مذهب الشافعى يسقط العقاب عن الجانى ما لم تر الجماعة عقابه تعزيراً ، فإذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت . فمن فقهاء المذهب من يرى مسؤولية الجانى عن القتل العمد ويدرأ القصاص لشبهة الإذن، فتكون الدية هى العقوبة ، ومن فقهاء المذهب من يرى أن لا عقاب لأن الموت تولد عن مأذون فيه[2]

والإذن بالجرح والقطع عند أحمد كالإذن بالقتل لا عقوبة عليه ، وإن كان الإذن لا يبيح الفعل لأن له الحق فى إسقاط العقوبة وقد أسقطها بإذنه

٩٣ـ أسباب الخلاف بين الفقهاء فى الإذن بالقتل .ـ أساس الاختلاف فى هذه المسألة أن للمجنى عليه وأوليائه العفو عن العقوبة فى القتل وهى القصاص أو الدية إذا حلت محل القصاص ، فإذا عفوا سقطت العقوبة المقررة للقتل ، ولم يبق إلا عقوبة التعزير إذا رأى أولياء الأمور تقريرها فى حالة العفو فمن قال بأن الإذن يمنع من العقاب ، اعتبر الإذن عفواً مقدماً ورتب عليه سقوط العقوبة ومن قال بأن الإذن لا يمنع من العقاب ، رأى أن الإذن لا يعتبر عفواً لأن العفو عن القتل يستدعى وجود القتل ، فإذا جاء العفو قبل القتل فهو عفو غير صحيح لأنه لم يصادف محله ، ومن جعل العقوبة الدية اعتبر الإذن شبهة تدرأ القصاص ومن قال بالقصاص لم يجعل الإذن شبهة دارئة للقصاص[3]

٩٤ ـ مقارنة بين الشريعة والقانون ـ تتفق مذهب مالك وأبى حنيفة

---

(١) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٣

(٢) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٤٨ ، ٢٩٦ ـ وتحفة المحتاج جـ ٤ ص ٣ ، ٣١

(٣) أما فى حالة الجرح أو الجرح المنتهى بالموت فأساس الخلاف أنهم يعتبرون الإذن بالجرح عفواً مقدماً عن الجرح ، ويعتبرون هذا العفو صحيحاً ويرتبون عليه إسقاط العقوبة إلا مالك فإنه يرى الإذن السابق على الجرح باطلا لأنه لم يصادف محله ، ومن يرى عدم العقاب فى حالة الموت يرى الموت متولداً عن الجرح وهو مأذون فيه ، وما تولد عن معفو عنه أخذ حكمه ، أما من يرى العقاب فيرى أن الإذن كان عن جرح لا قتل فإذا ظهر أن الفعل قتل فهو غير مأذون فيه لكنه مع ذلك اعتبر الإذن الباطل شبهة تدرأ القصاص

ورأى الشافعى الذى يقول بالعقاب فى حالة الرضاء بالقتل أو الجرح الذى ينتهى بالموت مع القوانين الوضعية الحديثة ، لأنها تعتبر القتل والجرح بالرغم من الرضاء أو الإذن جريمة وتعاقب عليها ، وإذا كان بعض الفقهاء يرى أن تكون العقوبة القصاص ، والبعض يرى أن تكون الدية ، فهذا ليس مدى أهمية ،لأن استبدال الدية بالقصاص ليس إلا استبدال عقوبة مقررة شرعاً بعقوبة مقررة شرعاً وهو يقابل فى القوانين الحديثة ماتقرره من الحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة عقوبة للقتل العمد مع ترك الحرية للقضاة فى اختيار إحدى العقوبتين وتقدير ظروف الجريمة والمجرم ولا شك أن إذن المجنى عليه فى الجريمة وإن لم يكن له أثر على تكوين الجريمة إلا أنه ممايدعو القضاة إلى استعمال الرأفة، وإذا لم يحملهم على تخفيف العقوبة إلى حدها الأدنى فإنه يمنعهم من رفعها إلى حدها الأعلى فتكون النتيجة العملية فى القانون أن يعاقب الجانى المأذون له فى الفعل بعقوبة بسيطة الفرق بينها وبين الحد الأعلى المقررة أصلا كالفرق بين القصاص والدية فى الشريعة

٩٥ - القصد المحدود وغير المحدود لا يفرق الفقهاء فى مذهبى أبى حنيفة وأحمد بين القصد المحدود والقصد غير المحدود سواء فى تعريف أنواع القتل أو فى الأمثلة التى يضربونها لمختلف وسائل القتل ، ومن ثم يمكن القول بأنه يستوى فى مذهبى أبى حنيفة وأحمد أن يكون القصد عند الجانى متجها إلى قتل إنسان بعينه أو إلى قتل إنسان غير معين فهو مسؤول عن القتل العمد فى الحالين مادام قد أتى الفعل بقصد القتل ، فمن أطلق عياراً نارياً على شخص معين ، ومن ألقى قنبلة على جماعة بقصد القتل ، دون أن يقصد شخصاً معيناً من الجماعة كلاهما قاتل عمداً عند أبى حنيفة وأحمد

أما فى مذهب الشافعى[1] فيفرقون بين ما إذا قصد معينا أو غير معين ، فإن قصد معينا فالفعل قتل عمد ، وإن قصد غير معين فالفعل قتل شبه عمد ،

(١) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٣٥ وما بعدها وتحفة المحتاج جـ ٤ ص ٣٢٢

ويعتبر المجنى عليه معيناً ولو قصد الجانى أن يصيب أى شخص من جماعتـــه ، لأن الجماعة تصبح كلها مقصودة ، فتصير معينة أفراداً وجماعة .

ويفرقون فى مذهب مالك أيضا بين قصد شخص معين وبين قصد شخص غير معين فإن قصد الجانى معينا فالفعل قتل عمد ، وإن قصد غير معين أيا كان فلا يعتبر القتل عمداً وإنما يعتبر خطأ[1] .

ويتفق مذهب أبى حنيفة وأحمد مع القانون المصرى اتفاقا تاما ، فالمـادة ٢٣١ عقوبات تنص على أن الإصرار السابق هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتـكاب جنحة أو جناية غرض المصر منها إيذاء شخص معين أو أى شخص غير معين وجده أو صادفه . سواء كان ذلك القصد معلقا على حدوث أمر أو موقوفا على شرط ، وتطبيقا لهذا النص حكمت محـكمة النقض بأنه إذا صوب شخص بندقية إلى جمع محتشد ، وأطلق منها عياراً ناريا أو عـــدة أعيرة نارية أصاب بعضها شخصا أو أكثر من هذا الجمع وقتله ، عد القاتل مرتـكبا لجريمة القتل عمداً لتوفر قصد القتل عنده[2]

أما مذهب الشافعى ومالك فظاهر أنهما يخالفان القانون

٩٦ - الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية : يراد بالخطأ فى الشخص أن يقصد الجانى قتل شخص معين فيصيب غيره ، ويراد بالخطأ فى الشخصية أن يقصد الجانى قتل شخص على أنه زيد فيتبين أنه عمرو والخطأ فى الشخص هو خطأ فى الفعل ، فمن رمى صيداً أو غرضا أو آدميا معينا فأخطأه وأصاب شخصا آخر فقد أخطأ فى فعله ، أما الخطأ فى الشخصية فهو خطأ فى قصد الفاعل فمن رمى شخصا على أنه مرتد أو حربى فإذا هو معصوم أو رماه على أنه زيد فتبين أنه عمرو فقد أخطأ فى قصده

وللفقهاء نظريتان مختلفتان فى الخطأ فى الشخص والشخصية الأولى لمالك

(١) الشرح الكبير للدردير حـ ٤ ص٢١٦ ، مواهب الجليل حـ ٦ ص ٢٤٠

(٢) نقض ١٢ ديسمبر ١٩٢٨ المحاماة ٩ عدد ٦ ١

وأصحابه ، وتتلخص فى أنه إذا قصد الجانى شخصا فأصاب غيره ، أو قصد شخصا على أنه زيد فتبين أنه بكر فإن الجانى يكون قاتلا عمداً فى الحالين ، سواء قصد القتل أو قصد مجرد العدوان على وجه الغضب لا على وجه اللعب أو التأديب وبعض فقهاء المذهب يرى أن الحالة الأولى ليست قتلا عمداً ، بل هى قتل خطأ[1]

ويرى بعض فقهاء المذهب الحنبلى . أن الفعل المقصود أصلا إذا كان محرما فإن الخطأ فى الفعل أو الظن لا يؤثر على مسؤولية الجانى شيئاً لأنه قصد فعلا محرما قتل به إنسانا ، فهو إذن قاتل له عمداً[2] ، أما إذا كان الفعل المقصود أصلا غير محرم ، فإن الخطأ فى الفعل أو الظن يكون له أثره على مسؤولية الجانى لأنه قصد فعلا مباحا ، فإذا أخطأ فى فعله أو ظنه فهو قاتل خطأ لا عمدا

والنظرية الثانية يأخذ بها فقهاء مذهب أبى حنيفة ومذهب الشافعى والفريق الأخير من فقهاء مذهب أحمد، وهؤلاء جميعا يرون أن من قصد قتل شخص فأخطأ فى فعله وأصاب غيره أو أخطأ فى ظنه وتبين أنه أصاب غير من قصده، فإن الجانى يكون مسؤولا عن القتل الخطأ فقط ، سواء كان الفعل الذى قصده أصلا مباحا أو محرما[3]

٩٧ - مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية : والرأى السائد فى القوانين الوضعية يتفق مع رأى أصحاب النظرية الأولى ، إذ تأخذ القوانين الوضعية الجانى بقصده ، فما دام قد قصد القتل والضرب وتعمد قصده فيستوى بعد ذلك أن يكون أصاب من قصده أو أصاب غيره ، وقضاء المحاكم المصرية مستقر على أن من تعمد قتل إنسان فأصاب آخر فهو قاتل عمداً لهذا الآخر[4]

٩٨ - القصد الاحتمالى : ولا شك أن الشريعة الإسلامية تعرف حق المعرفة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤ ، ٢٤٣ والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥
(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٣٩
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٧ الإقناع ج ٤ ص ١٦٨ والمغنى ج ٩ ص ٣٣٩
(٤) نقض ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٩ قضية ٨٥ ٧ سنة ٤٦ ق

القصد الاحتمالى . وليس أدل على ذلك من جرائم الجرح والضرب فالضارب يضرب وهو لايقصد إلا مجرد الايذاء أو التأديب ولا يتوقع أن يصيب المجنى عليه إلا بجرح بسيط أو كدمات خفيفة أو لايتوقع أن يصيبه إلا بمجرد الإيلام ولكن الجانى لا يسأل فقط عن النتائج التى توقعها وإنما يسأل أيضاً عن النتائج التى كان فى وسعه أن يتوقعها أو التى كان يجب عليه أن يتوقعها فإذا أدى الضرب إلى قطع طرف أو فقد منفعة فهو مسؤول عن ذلك ، وإذا أدى لوفاة المجنى عليه فهو مسؤول عن هذه الوفاة باعتبار الحادث قتلا شبه عمد لا ضرباً

لكن ماهو رأى فقهاء الشريعة فى القصد الاحتمالى فى جريمة القتل العمد بالذات ؟ ذلك القصد الذى عرفته محكمة النقض المصرية « بأنه نية ثانوية غير مؤكدة تختلج بها نفس الجانى الذى يتوقع أن قد يتعدى فعله الغرض المنوى عليه بالذات إلى غرض آخر لم ينتوه من قبل أصلا فيمضى مع ذلك فى تنفيذ الفعل ، فيصيب به الغرض الغير المقصود ، ومظنة وجود تلك النية هى استواء حصول هذه النتيجة وعدم حصولها لديه ، ذلك القصد الذى يقيمه الألمان مقام القصد الثابت فى جريمة القتل وغير القتل ويقولون إنه يكون كلما تصور الفاعل النتيجة ممكنة الوقوع ، ثم يمضى بالرغم من ذلك فى فعلته مستهيناً بالنتيجة »

ولا يسلم أبو حنيفة والشافعى وأحمد بالقصد الاحتمالى فى جريمة القتل العمد ويصرون على أن تتوجه نية الجانى القتل ، وأن يرتكب الفعل بقصد الوصول لهذا الغرض ، ولعل حرصهم على ظهور نية القتل عند الجانى راجع إلى أنهم يقسمون القتل إلى عمد وشبه عمد وخطأ ، وفى العمد وشبه العمد يتعمد الجانى العدوان ولكن الذى يميز العمد عن شبه العمد هو أن الجانى يقصد القتل فى العمد ، فلو سلموا بالقصد الاحتمالى فى القتل العمد ، لانعدم الحد الفاصل بين القتل العمد ، والقتل شبه العمد

وقد سلم بعض فقهاء ـ مذهب أحمد ـ بالقصد الاحتمالى فى جريمة القتل فى موضعين فقط واعتبروا الفاعل قاتلا عمداً أخذاً بقصده المحتمل الأول ـ إذا

أخطأ الجانى فى الفعل ، كأن أراد أن يقتل زيداً فلما رماه أخطأه وأصاب عمراً بشرط أن يكون زيد معصوماً ، أى غير مهدر الدم ، كأن يكون حربياً أو مرتداً فإن كان مهدر الدم فالقتل خطأ لا عمد الثانى — إذا كان الخطأ فى ظن الفاعل كأن يقصد قتل زيد فيقتل عمرا على أنه زيد بشرط أن يكون معصوماً

أما مالك فمذهبه يتسع للقصد الاحتمالى فى جريمة القتل العمد ولما هو أكثر من القصد الاحتمالى ، لأنه لا يعرف القتل شبه العمد ، والقتل عنده نوعان فقط ٠ عمد وخطأ والعمد عنده لا تشمل فقط الفعل المقصود به القتل ، وإنما يشمل كل فعل قصد به مجرد العدوان ، ولو لم يقصد الفاعل القتل ولما كان من المستبعد عقلا أن تؤدى كل أفعال العدوان البسيطة إلى الموت ، فمعنى ذلك أن مذهب مالك يتسع لأكثر من القصد الاحتمالى لأنه يتسع لما يتصوره الفاعل ممكن الوقوع ولما تصوره ممتنع الوقوع

٩٩ — مقارنة والنظرية الفرنسية تتفق مع نظرية الأئمة الثلاثة ، فالفرنسيون لا يرون الأخذ بالقصد الاحتمالى فى جريمة القتل العمد ، ولو أن القانون الفرنسى أخذ المتهم بقصده الاحتمالى فى جرائم الضرب والجرح ، وحجتهم أن الأخذ بنظرية القصد الاحتمالى فى القتل العمد يؤدى إلى اختلاط القتل العمد بالضرب المفضى إلى الموت وتجعل التمييز بينهما متعذرا أما مذهب مالك فيتفق مع النظرية الألمانية كما يتفق مع القانونين الإنجليزى والسودانى ، وهما يعتبران القتل عمدا إذا حصل الفعل بقصد تسبيب الموت أو إذا علم الفاعل أو كان له داع أن يعلم أن الموت ربما يكون نتيجة الفعل المحتملة ، ولكن بالرغم من هذا الاتفاق الظاهرى ، فإن مذهب مالك يظل أكثر اتساعاً من مذهب الألمانى والقانونين الإنجليزى والسودانى ، فمثلا إذا لطم شخص آخر صحيحا بقصد الاعتداء ودون أن يقصد القتل فمات من اللطمة فهو قاتل عمدا عند الإمام مالك ولا يعتبر قاتلا طبقا للنظرية الألمانية ، لأن إمكان الموت من اللطمة بعيد التصور كذلك لا يعتبر قاتلا بحسب القانونين الألمانى والإنجليزى لأنه ليس فى ظروف

المجنى عليه أو فى العلاقة بينهما ما يدعو الجانى إلى العلم بأن العلقة قد تؤدى للوفاة

١٠٠ ــ اثبات القصد الجنائى ــ يشترط أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن يثبت القصد القتل ثبوتاً لاشك فيه فإن كان هناك شك فى أن الجانى قصد القتل اعتبر الفعل قتلا شبه عمد ويستدل هؤلاء الفقهاء أصلا على وجود قصد القتل بالآلة أو الوسيلة التى استعملها الجانى فإن كانت قاتلة غالباً فالقتل عمد وإن كانت لاتقتل غالباً فالقتل شبه عمد[1] وكون الآلة قاتلة غالباً ليس فى ذاته دليلا يقبل النفى على قصد القتل وللجانى أن ينفى عن نفسه قصد القتل وأن يثبت أنه مع استعماله الآلة أو الوسيلة القاتلة غالباً لم يكن يقصد القتل فإن أثبت هذا اعتبر الفعل شبه عمد وعلى هذا يمكن القول بأن استعمال الآلة القاتلة يعتبر فى ذاته دليلا على قصد القتل يصح لهيئة الاتهام أن تكتفى به إذا لم يكن ثمة ماينفيه ويصح لها أن تضيف إليه أدلة أخرى من ظروف الواقعة أو ظروف المتهم والمجنى عليه أو أقوال الشهود

وليس فى مذهب الإمام مالك ما يمنع من الاستدلال على قصد المتهم بالآلة المستعملة فى القتل أو بمحل الإصابة ولكن ليس من الضرورى فى المذهب إثبات قصد القتل لدى الجانى إذ يكفى أن يثبت أنه أتى الفعل بقصد العدوان وأنه لم يأت به على وجه اللعب أو التأديب

* * *

المبحث الثانى

فى القتل شبه العمد

١٠١ ــ ذكرنا أن القتل شبه العمد مختلف عليه بين الفقهاء فمالك يرى أن القتل صنفان عمد وخطأ فمن زاد عليهما فقد زاد على النص ويحتج بأن القرآن لم ينص إلا على العمد والخطأ فقط حيث قال الله تعالى ﴿ ومن يقتل مؤمنا

(١) راجع الفقرات من ٣١ ــ ٣٨ والفقرة ٨٧

متعمداً ﴾ ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ﴾ أما أبو حنيفة والشافعي وأحمد فيقولون بالقتل شبه العمد ويرون أن القتل على ثلاثة أنواع عمد وشبه عمد وخطأ ويحتجون بقوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن في قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » وبأن عمر وعليا وعثمان وزيد بن ثابت وأبا موسى الأشعري والمغيرة قالوا بالقتل شبه العمد ولا مخالف لهم من الصحابة كما يحتجون بأن القصد مسألة تتعلق بنية الجاني ولا يطلع على النيات إلا الله تعالى وإنما الحكم يدار على الظاهر وليس أدل على النية وأكثر إظهاراً لها من الآلة المستعملة في القتل فمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالباً كان حكمه كحكم الغالب أي حكم من قصد القتل ومن قصد الضرب بآلة لا تقتل غالبا كان حكمه متردداً بين العمد والخطأ فعله يشبه العمد لأنه قصد ضربة ويشبه الخطأ لأنه ضرب بما لا يقتل غالبا وما لا يقتل غالبا يدل على أنه لم يقصد القتل[1] ولذلك سمى هذا النوع من القتل بشبه العمد[2] لأنه يماثل القتل العمد في كل شيء ولا يختلف عنه إلا في قصد الجاني والمفروض أن مرتكب القتل العمد يعتدي على المجني عليه بقصد قتله أما مرتكب القتل شبه العمد فيعتدي على المجني عليه بقصد الاعتداء دون أن يفكر في قتله[3] فالفرق بين النوعين هو في نية الجاني التي يستدل عليها بالآلة المستعملة في الجريمة ومن ثم تشابه القتلان تشابها شديداً دعا لتسمية أحدهما بالقتل شبه العمد إذا كان الثاني يسمى بالقتل العمد

١٠٢ – يعرف الحنفيون شبه العمد بأنه ما تعمدت ضربه بالعصا أو السوط أو الحجر أو اليد أو غير ذلك مما يفضي إلى الموت فإن في هذا الفعل معنيين أولهما معنى العمد باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب وثانيهما معنى الخطأ

(١) نظر أبو حنيفة في هذه الفكرة بقوله أن القتل بآلة غير معدة له دليل عدم القصد لأن تحصيل كل فعل بالآلة المعدة له فحصوله بغير ما أعد له دليل عدم القصد

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٢ ، ٣٣٣

(٣) راجع الفقرة ٨٩ من هذا الكتاب لفهم حدا الفرق بين العمد وشبه العمد في القصد

باعتبار انعدام قصد الفاعل إلى القتل فهو يشبه العمد صورة من حيث أنه قصد الفعل [١] ويعرفه الشافعيون بأنه ما كان عمداً فى الفعل خطأ فى القتل [٢] أى كل فعل لم يقصد به القتل تولد عنه القتل ويعرفه بعضهم بأنه قصد الإصابة بما لا يقتل غالباً فيموت منه ولا تجب به عقوبة القتل العمد لأن الجانى لم يقصد القتل [٣] ويعرفه أكثرهم بأنه قصد الفعل والشخص ولو كان غير معين بما لا يقتل غالبا [٤]

ويعرفه الحنابلة بأنه قصد الجناية بما لا يقتل غالبا فيقتل إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير أو يلكزه بيده أو يلقيه فى ماء يسير أو يصيح بصبى أو معتوه على سطح فيسقطان أو يغتفل عاقلا فيصيح به فيسقط فهو شبه عمد إذا قتل لأنه قصد الضرب دون القتل ويسمى خطأ العمد وعمد الخطأ لاجتماع العمد والخطأ فيه فإنه عمد الفعل وأخطأ فى القتل [٥] .

١٠٣ — مقارنة : وظاهر مما سبق أنه يدخل تحت شبه العمد كل الأفعال التى يقصد منها الجانى العدوان ولم يقصد بها القتل ولكنها أدت إلى موت المجنى عليه . فالقتل شبه العمد فى الشريعة يقابل الضرب المفضى إلى الموت فى القوانين الوضعية ، ولكن تعبير الشريعة بالقتل شبه العمد أصبح منطقاً من تعبير القوانين الوضعية ، ذلك أن القتل شبه العمد يندرج تحته الموت الناشىء عن الضرب والجرح وإعطاء المواد السامة والضارة والتغريق والتحريق والتردية والخنق وكل مايدخل تحت القتل العمد إذا انعدمت نية القتل عند الجانى وتوفر قصد الاعتداء ، ولفظ القتل يدخل تحته كل مايؤدى للموت فاختيار فقهاء

---

(١) المبسوط ﺟ ٢٦ ص ٦٤ ، ٦٥
(٢) الوجيز ﺟ ٢
(٣) المهذب ﺟ ٢ ص ١٨٥
(٤) نهاية المحتاج ﺟ ٧ ص ٢٣٧
(٥) الشرح الكبير ﺟ ٩ ص ٣٢١

الشريعة لهذا اللفظ للدلالة على هذه الأنواع المختلفة من الاعتداء والايذاء هو اختيار موفق لأنها تنتهى جميعاً بالموت أما لفظ الضرب الذى عرفت به القوانين الوضعية فإذا دخل تحته الضرب باليد أو بأداة أخرى فإنه لا يمكن أن يندرج تحته غير ذلك من أنواع الإيذاء والاعتداء المختلفة الصور والوسائل كالتغريق والتحريق والتردية والخنق ، وشراح القانون المصرى يعترفون بقصور لفظ الضرب عن استيعاب المعنى الذى يندرج تحته قانوناً ويلاحظون على نصوص الضرب عموما قصور ألفاظها عن الإحاطة بما يندرج تحتها

أركان القتل شبه العمد

١٠٤ — أركان القتل شبه العمد ثلاثة أولها ٠ أن يأتى الجانى فعلا يؤدى وفاة المجنى عليه ـ ثانيهما ـ أن يأتى الجانى الفعل بقصد العدوان ـ ثالثهما ٠ أن يكون بين الفعل والموت رابطة السببية

الركن الأول

فعل يؤدى لوفاة المجنى عليه

١٠٥ — يشترط لتوفير هـــذا الركن أن يأتى الجانى فعلا يؤدى لوفاة المجنى عليه أياً كان هذا الفعل ضرباً أو جرحاً أو غير ذلك من أنواع التعدى والإيذاء مما لا يعتبر ضربا ولا جرحاً كالتغريق والتحريق وإعطاء مواد ضارة أو سامة بغير قصد القتل

١٠٦ — وليس من الضرورى فى الضرب والجرح أن يستعمل الجانى آلة معينة فقد تــكون بغير أداة كاللطم واللــكم والعض والرفس وقد يكون بأداة راضة أو حادة أو واخزة كالعصا والسيوف والفأس والبلطة والسكين والرمح والمسلة وقد يرمى الجانى المجنى عليه بشىء كالحجر والسهم والرصاص وقد يغرى

به حيوانا مفترسا كالفهد أو أليفا كالكلب[1]

١٠٧ ــ ويستوى أن يحدث الفعل أثرا ماديا فى جسم المجنى عليه أو أن يحدث به أثرا حسيا يؤدى بحياته فمن شهر على إنسان سيفا أو صوب إليه بندقية فمات رعبا قبل أن يضربه ومن دلى إنسانا من شاهق فمات رهبة ورعبا ومن أفزع امرأة حاملا فألقت حملها من الرعب وماتت بسبب الإجهاض يسأل عن القتل شبه العمد ولو أن فعله لم يحدث أثرا ماديا مباشرا بجسم المجنى عليه[2]

ولا يتفق القانون المصرى والفرنسى مع الشريعة فى هذا ولكن الكثيرين من الشراح يرون أنه من القصور أن لا يعاقب هذان القانونان على مثل هذه الحالات أما القانون الإنجليزى فيعاقب على مثلها فعلا .

١٠٨ ــ وليس ثمة مايمنع عند الشافعى وأحمد من مسؤولية الجانى عن القتل شبه العمد ولو لم يكن للموت نتيجة مباشرة لفعله كمن طلب إنسانا بسيف مجرد أو بندقية أو ما يخيف فهرب منه فتلف فى هربه كأن سقط من شاهق أو انخسف به سقف أو غرق فى ماء أو احترق بنار أو سقط فتلف أو خر فى مهواة من بئر أو غيره ففى كل هذه الأحوال يعتبر الطالب مرتكبا لجريمة القتل شبه العمد ولو أن فعله ليس هو الذى أدى مباشرة للموت على خلاف فى الإطلاق والتقييد بين الشافعى وأحمد سبق بيانه[3]

١٠٩ ـ ويشترط فى المجنى عليه أن يكون معصوما ، فإن لم يكن معصوما ، فلا يعتبر الفعل جريمة قتل و إنما يمكن اعتبار ماوقع اعتداء على

(١) يرى أبو حنيفة مخصصا أن من حرش كلبا أو غيره على آخر لا يكون متعمدا لأن للكلب اختيارا وإنما يكون متسببا فإذا قتله الكلب كان مسؤولا عن القتل الخطأ ويخالفه فى هذا أبو يوسف ومحمد ويريان الفعل قتلا شبه عمد
(٢) راجع الفقرتين ٥٩ ، ٦٠ من هذا الكتاب
(٣) راجع الفقرة ٦٧ من هذا الكتاب

السلطات العامة وقد بينا معنى العصمة بمناسبة الكلام على القتل العمد[1] ولكنا لم نذكر من المهدرين إلا ما اقتضى الكلام عن القتل العمد ذكرهم فبقى منهم من لم نذكره وهم السارق سرقة عقوبتها قطع اليد ، والزانى غير المحصن ، والقاذف وشارب الخمر ، فهؤلاء مهدرون فيما يختص بتنفيذ العقوبة عليهم ، فمن قطع يد السارق لا يعاقب على قطعه ، ولكنه يعتبر معتديا على السلطات العامة التى من اختصاصها قطع السارقين ، ومن جلد الزانى غير المحصن أو القاذف أو شارب الخمر لا يعاقب على جريمة الضرب وإنما يعاقب على أنه افتات على السلطات العامة ، وأتى عملا اختصت به نفسها ، والعلة فى إباحة هذه الأفعال أنها حدود لا يجوز العفو عنها ، ولا التراخى فى تنفيذها ، وهى واجبة على الجماعة فكل فرد يعتبر مسؤولا عن تنفيذها ، والأمر سهل إذا كان دم المجنى عليه مهدراً إهداراً كلياً ولكن إذا كان الإهدار جزئياً لتنفيذ حد لا يقتل من الحدود التى ذكرناها الآن ثم مات المجنى عليه نتيجة لتنفيذ الحد من أحد الأفراد فهل يعتبر العمل قتلا شبه عمد أم لا ؟

قطع السارق يعتبر السارق الذى سرق سرقة يجب فيها القطع غير معصوم بالنسبة للعضو الذى يجب قطعه ، أما باقى أعضائه فمعصوم وكذلك نفسه[2] ، فإذا عدا إنسان على السارق فقطع يده أو رجله التى يجب قطعها فلا يعاقب على القطع لأنه قطع عضواً غير معصوم ، ويستوى عند أحمد أن يكون القطع قبل الحكم بالسرقة أو بعده مادامت السرقة ثبتت على السارق ولكن يشترط أن تكون الدعوى مقامة ، فإن لم تكن الدعوى رفعت ، اعتبر القاطع قاطعاً عمداً ، وإذا شهد الشهود بالسرقة ولم يحكم القاضى بالقطع انتظاراً لتعديل الشهود فقطعه قاطع فلا عقوبة عليه إذا عُدِّلت الشهود ـ أى ثبتت عدالتهم وصلاحهم ـ

(١) راجع الفقرات من ١٧ إلى ٢٧ من هذا الكتاب
(٢) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٥٤

فإن لم تعدّل الشهود فهو قاطع ليد معصومة عمداً . ويرى الشافعى مثل مايراه أحمد

أما مالك وأبو حنيفة فيشترطان أن يكون القطع بعد الحكم ، فإن كان بعده فلا مسؤولية على القاطع بسبب القطع وإنما يؤاخذ على الافتيات على السلطات ، أما إذا كان القطع قبل الحكم فهو مسؤول عن القطع[١] .

وإذا أدى القطع إلى الوفاة فلا يسأل القاطع عن موته إلا إذا كان مسؤولا عن قطعه ، فإن كان مسؤولاً عن القطع فهو مسؤول عن قتله عمداً . وإن لم يكن مسؤولا فلا مسؤولية

والحجة فى عدم المسؤولية . أن الموت تولد عن قطع واجب وأن إقامة الحدود واجبة ولا تحتمل التأخير ، فالضرورة تقتضى بالتسامح فيما ينشأ عن تنفيذ الحد حتى لا يتعطل تنفيذ الحدود

والفرق عند أبى حنيفة بين هذه الحالة وحالة القصاص ، أن القصاص حق للمقتص وليس واجباً عليه ، وهو مخير فى حقه إن شاء عفا وإن شاء اقتص ، بل هو مندوب إلى العفو واستعمال الحق مقيد بشرط السلامة

أما الواجب فلا يتقيد بشرط السلامة ولاشك أن إقامة الحد واجب على كل فرد من الجماعة ولو أن الذى خصص لإقامته هو نائب الجماعة[٢] .

١١٠ ـ ونشترط أن يؤدى الفعل لوفاة المجنى عليه ، ويستوى أن تكون الوفاة على أثر الفعل أو بعده بزمن طال هذا الزمن أو قصر ، فإذا لم يمت المجنى عليه من الفعل وشفى عوقب الجانى باعتباره ضارباً أو جارحاً أو قاطعاً بحسب ما انتهت إليه حالة المجنى عليه ، فإن فقد من المجنى عليه عضو أو زالت منفعته عوقب الجانى على هذه النتيجة ، وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة فى هذا المبدأ فهى لاتعتبر الجانى شارعاً فى جريمة ضرب مفض إلى الموت إذا لم تؤد

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١ والبحر الرائق ج ٥ ص ٦٢
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٥ ، البحر الرائق ج ٥ ص ٣١٩

الضرب للموت ، وإنما تعتبره حدثا لعاهة أو ضاربا بحسب ماتنتهى إليه حالة المجنى عليه .

١١١ ـ ويصح أن يصدر الفعل من الجانى مباشرة كأن يضرب المجنى عليه عصا أو يرميه بحجر ، ويصح أن يتسبب فى الفعل دون أن يباشره كأن يغرى به كلبا فيعضه فيموت من العضة أو يصنع له مزلقا فى الطريق فيسقط فيه فيموت من سقطته ، فالجانى مسؤول عن القتل شبه العمد فى حالتى المباشرة والتسبب ، ولا فرق عند أبى حنيفة فى القتل شبه العمد بين عقوبة القتل المباشر والقتل بالتسبب كما هو الحال فى القتل العمد .

١١٢ ـ وتنطبق على القتل شبه العمد كل القواعد التى ذكرت فى باب القتل عن المباشرة والسبب والشرط وللمسألة عنها وتعدد المباشرة والسبب والتمالؤ والقتل على الاجتماع والقتل على التعاقب واجتماع المباشرة مع السبب[1] وقد تكلمنا عن هذه القواعد بما فيه الكفاية فلا داعى لإعادة الكلام عنها .

من كان عليه قصاص متلف كقطع أصبع أو يد أو رجل أو أذن فهو غير معصوم بالنسبة لمستحق القصاص فى حدود مايستحقه ، فليس للمستحق أن يقطع غير العضو المماثل ، فإن فعل فهو قاطع عمداً ، وإن قطع العضو المماثل فلا يسأل عن القطع وإنما يسأل عن افتياته على السلطات العامة وتعجله بالقصاص ، أما لو كان القاطع أجنبياً فهو مسؤول عن القطع لأن المقطوع معصوم فى حقه

وإذا اقتص المستحق فى طرف ، فسرى القصاص إلى النفس ، ومات المقتص منه ، فلا يسأل الوالى عن القتل شبه العمد ، لأنه مات من فعل مباح[2] وهو تنفيذ العقوبة

وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد وأبو يوسف ومحمد ، أما أبو حنيفة فيرى أن المقتص مسؤول عن القتل شبه العمد ، وحجة الفريق الأول أن الموت

(١) راجع الفقرات من ٤٣ ـ ٥٦ من هذا الكتاب .
(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٠ ، تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢٨ ، المغنى ج ٩ ص ٤٤٣

حدث بعمل مأذون فيه ، ولا يعتبر جريمة ، فما تولد منه لا يعتبر جريمة فإن ماتولد من المباح مباح وحجة أبى حنيفة أن العمل المأذون له فيه هو القطع وهو حقه ، ولكنه استوفى أكثر من حقه ، وجاء بالقتل ففيه مسؤوليه[1] .

١١٣ – ويشترط أن يكون العمل الذى أتاه الجانى محرما عليه ، فإن كان حقه أو من واجبه أن يأتى العمل فأدى العمل للموت فالمسؤولية تختلف بحسب حدود الحق ، وباختلاف أصحاب الحق كما تختلف بحسب اختلاف الشخص المحمل بالواجب وسنفصل ذلك فيما يأتى .

حق التأديب ، حق التطبيب ، الألعاب الرياضية ، حق القصاص ، التعزير قطع السارق ، الجلد فى حد .

الركن الثانى

أن يتعمد الجانى العمل

١١٤ – يشترط أن يتعمد الجانى إحداث العمل المؤدى للوفاة دون أن يتعمد قتل المجنى عليه ، وهذا هو المميز الوحيد بين جريمتى القتل العمد وشبه العمد ، فى الأول يتعمد الجانى إصابة المجنى عليه وفى الوقت ذاته يقصد من الإصابة قتله ، وفى الثانى يتعمد إصابة المجنى عليه ولا يتعمد قتله فالفاصل بين الجريمتين أصلا هو قصد الجانى ، فإن قصد القتل فالفعل قتل عمد وإن قصد مجرد العدوان ولم يقصد القتل فالفعل شبه عمد ، ويستدل على نية الجانى قبل كل شىء بالآلة أو الوسيلة التى يستعملها فى القتل ، فإن كانت الآلة تقتل غالباً ، فالفعل قتل عمد مالم يثبت الجانى أنه لم يقصد القتل ، وإن كانت الآلة لاتقتل غالباً ، فالفعل قتل شبه عمد ولو توجه قصد الجانى فعلا للقتل ، لأن القتل لايكون إلا بالآلة الصالحة لإحداثه ، فإن لم تكن الآلة صالحة لإحداثه كانت نية القتل

---

(١) بدائع الصنائع ج ٩ ص ٥ ٣

عبثاً[1] ويستدل على القصد بعد الآلة المستعملة بشهادة الشهود واعتراف الجاني ، وتتميز جريمة القتل شبه العمد عن القتل الخطأ بقصد الفاعل أيضاً ، فى شبه العمد يأتى الفاعل الفعل بقصد العدوان دون أن يقصد القتل ، أما فى القتل الخطأ فيأتى الفعل دون أن يقصد عدواناً أو يقع منه الفعل نتيجة لإهماله أو عدم احتياطه دون أن يقصد الفعل بالذات

١١٥ ـ القصد الاحتمالى . والجانى فى القتل شبه العمد مأخوذ بقصده الاحتمالى ، فإن نيته لا تتجه لقتل المجنى عليه عند ارتكاب الحادث ، وما كان يتوقع أن يؤدى الحادث للقتل ، ولكنه يسأل عن القتل باعتباره نتيجة لعمله وكان فى وسعه أن يتوقعها أو كان يجب عليه أن يتوقعها[2]

١١٦ ـ القصد المحدود أو غير المحدود ويستوى عند الفقهاء فى القتل شبه العمد أن يقصد الجانى شخصاً معيناً بالفعل الذى أدى للقتل ، أو يقصد شخصاً غير معين أياً كان ، فالجانى مسؤول فى الحالين عن فعله ، ويعاقب عليه بعقوبة القتل شبه العمد إذا أدى للموت[3]

١١٧ ـ الخطأ فى الشخص الخطأ فى الشخصية . وإذا قصد الجانى شخصاً معيناً فأخطأه وأصاب غيره ، كأن رماه بحجر فلم يصبه وأصاب الآخر وقصد شخصاً على أنه زيد فتبين أنه عمرو . فإن الجانى يسأل عن القتل الخطأ إذا توفى المجنى عليه ولا يسأل عن القتل شبه العمد وهذا هو الرأى فى مذهب أبى حنيفة والشافعى وبعض فقهاء مذهب أحمد ، أما البعض الآخر فيرى أن الجانى يسأل عن القتل شبه العمد إذا كان الفعل الذى قصده محرماً ، أما إذا كان غير محرم فيسأل عن القتل الخطأ[4]

---

(١) راجع الفقرة ٨٩ فى هذا الكتاب
(٢) راجع الفقره ٩٨ فى هذا الكتاب
(٣) راجع الفقره ٩٥ فى هذا الكتاب
(٤) راجع الفقره ٩٦ فى هذا الكتاب

١١٨ ـ رضاء المجنى عليه : وإذا كان المجنى عليه قد أذن بالفعل المؤدى للموت فيرى أبو حنيفة مسؤولية الجانى عن القتل شبه العمد لأن الجانى أذن بالجرح ولم يأذن بالقتل فلما مات المجنى عليه تبين أن الفعل وقع قتلاً لا جرحاً ويخالفه أبو يوسف ومحمد فى هذا الرأى كما يخالفه الشافعى وأحمد ، ويرون أن لامسؤولية على الجانى ، وقد تكلمنا عن هذا بتفصيل بمناسبة الكلام على القتل العمد[1]

ولا عبرة بالبواعث التى دفعت الجانى لارتكاب الفعل ، فسواء كانت هذه البواعث شريفة أو وضيعة فلا أثر لها على الجريمة ولا أثر لها على العقوبة ، لأن العقوبة حد لا يجوز تخفيفها ولا إيقافها ولا العفو عنها .

الركن الثالث

أن يكون بين الفعل والموت رابطة السببية

١١٩ ـ يشترط أن يكون بين الفعل الذى ارتكبه الجانى وبين الموت رابطة السببية ، أى أن يكون الفعل علة مباشرة للموت أو أن يكون سببا فى علة الموت ، فإذا انعدمت رابطة السببية فلا يسأل الجانى عن موت المجنى عليه ، وإنما يسأل باعتباره جارحاً أو ضاربا

١٢٠ ـ ويكفى أن يكون فعل الجانى هو السبب الأول فى إحداث الوفاة ، ولو تعاونت معه أسباب أخرى على إحداث الوفاة كإهمال العلاج أو إساءة العلاج أو ضعف المجنى عليه أو مرضه أو غير ذلك وقد تكلمنا على ذلك بما فيه الكفاية بمناسبة الكلام على القتل العمد ، وما قلناه هناك ينطبق هنا تماما

---

(١) راجع الفقرة ٩٢ من هذا الكتاب

هو خاص بتعدد الأسباب وتواليها وانقطاع آثارها ، وتغلب بعضها على البعض الآخر[1] .

١٢١ ـ والقضاء المصري يتجه اتجاه الشريعة مخالفاً بذلك النظرية الفرنسية ، ومن المبادىء التي قررتها محكمة النقض المصرية ، أنه لا يقبل من المتهم الاحتجاج بأن وفاة المجني عليه الذي أصابته ضربة من الغير مطالباً بأن يعمل كل احتياط لما عساه أن يحدث من هذه الضربة طالما أنه لم يعمل عملا إيجابياً ساءت به حالته[2] وحكمت أيضاً محكمة النقض بأنه إذا كان سبب الوفاة هو التسمم الصديدي الناشىء من الإصابة مع الضعف الشيخوخي فلا يقبل من المتهم القول لعدم توفر رابطة السببية بين الضرب والوفاة ، لأنه متى كان الضرب الذي وقع من المتهم هو السبب الأول المحرك للعوامل الأخرى المتنوعة التي تعاونت بطريق مباشر أو غير مباشر على إحداث النتيجة النهائية ، فإن المتهم مسؤول عن كافة النتائج التي ترتبت على فعله ، ومأخوذ في ذلك بقصده الاحتمالي ولو لم يكن يتوقع هذه النتائج لأنه كان يجب عليه قانوناً أن يتوقعها[3]

المبحث الثالث

في القتل الخطأ

١٢٢ ـ الأصل في العقاب على القتل الخطأ قوله تعالى ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير

(١) تراجع الفقرات من ٦٨ إلى ٧٣ من هذا الكتاب

(٢) نقض ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ قضية رقم ١١٢٩ سنة ٤٧ قضائية

(٣) نقض ٩٣٢/١١/٢ قضية رقم ٥٨ سنة ٢ ق

رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ، وكان الله عليماً حكيما ﴾ [سورة النساء · الآية ٩٢]

١٢٣ - ويرى بعض الفقهاء أن الخطأ نوع واحد . ولكن بعضهم يقسمه إلى نوعين

١ - قتل خطأ محض

٢ - قتل فى معنى القتل الخطأ

والخطأ المحض هو ماقصد فيه الجانى الفعل دون الشخص ولكنه أخطأ فى فعله أو فى ظنه ومثل الخطأ فى الفعل أن يرمى صيداً فيخطئه ويصيب آدميا ، والخطأ فى ظن الفاعل كأن يرمى شخصاً على ظن أنه مهدر الدم فإذا هو معصوم وكمن يرمى ما يحسبه حيوانا فيتبين أنه إنسان أما ماهو فى معنى القتل الخطأ ، فهو مالا قصد فيه إلى الفعل ولا الشخص ، أى أن الجانى لايتعمد إتيان الفعل الذى سبب الموت ولا تقصد المجنى عليه،وهذا النوع من القتل الخطأ قد يحدث من الجانى مباشرة ، وقد يحدث بالتسبب ، والأول كمن انقلب على نائم بجواره فقتله أو سقط منه شيء كان يحمله على آخر فمات منه ، والثانى كمن حفر بئراً فسقط فيها آخر فمات ، وكمن ترك حائطه دون إصلاح ، فسقط على بعض المارة أو كمن أراق ماء فى الطريق فانزلق به أحد المارة وسقط على الأرض فجرح جرحا أودى بحياته والفقهاء الذين لايرون تقسيم الخطأ يدخلون تحته مايدخله الآخرون تحت هذين القسمين فالفرق بين الفريقين فى منطق الترتيب والتبويب لاغير

ولعل الذى دعا القائلين بالتقسيم إلى تقسيم الخطأ ، أنهم رأوا أن طبيعة الفعل فى الخطأ المحض تختلف عن طبيعته فيما يعتبر قتلا فى معنى الخطأ ، ففى الخطأ المحض يتعمد الجانى الفعل ، أما فى النوع الثانى فلا يتعمده ،وعلة تقسيم النوع الثانى إلى قتل مباشر وقتل بالتسبب ، أن القتل المباشر فيه الكفارة دون القتل بالتسبب ، والكفارة عقوبة تعبدية أو هى دائرة بين العقوبة والعبادة وتمحض

المسلم دون غيره .

١٢٤ ـ وما جاء في الشريعـــة عن الخطأ يتفق مع ما جاء في القوانين الوضعية بحثه وإذا كان شراح القوانين لا يقسمون الخطأ هذه التقاسيم ويكتفون بإدراجها كلها تحت لفظ الخطأ كما فعل بعض الفقهاء إلا أن ما تعتبره القوانين خطأ لا يخرج عن نوع من الأنواع التي ذكرها فقهاء الشريعة

١٢٥ ـ والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الجاني يكون مسئولا كلما كان الفعل والترك نتيجة إهمال أو تقصير أو عدم احتياط وتحرز أو عدم تبصر أو مخالفة لأوامر السلطات العامة أو الشريعة ومن ثم يكون أساس جرائم الخطأ في الشريعة هو نفس الأساس الذي تقوم عليه هذه الجرائم في القوانين الوضعية وبصفة خاصة القانونين المصري والفرنسي وسنعرض فيما يأتي أمثلة مما يراه فقهاء الشريعة خطأ تأييداً لما قلناه

١٢٦ ـ ويسير الفقهاء عامة على[1] قاعدتين عامتين يحكمان مسئولية الجاني في الخطأ وبتطبيقهما نستطيع أن نقول إن شخصاً ما أخطأ أو لم يخطىء

القاعدة الأولى كل ما يلحق ضرراً بالغير يسأل عنه فاعله أو المتسبب فيه إذا كان يمكن التحرز منه ويعتبر أنه تحرز إذا لم يهمل أو يقصر في الاحتياط والتبصر فإذا كان لا يمكنه التحرز منه إطلاقاً فلا مسئولية

القاعدة الثانية إذا كان الفعل غير مأذون فيه (غير مباح) شرعا وأتاه الفاعل دون ضرورة ملجئة فهو تعدٍّ من غير ضرورة وما تولد منه يسأل عنه الفاعل سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو مما لا يمكن التحرز عنه

١٢٧ ـ ( ) من كان يمشي في الطريق حاملا خشبة فسقطت منه على إنسان فقتلته فهو مسئول عن قتله لأنه يستطيع أن يتحرز ويحتاط فلم يفعل ولكن الغبار الذي يثيره مشي الإنسان في الطريق إذا جاء في عين إنسان فأتلفها لا يسأل عنه الماشي لأن إثارة الغبار عن المشي مما لا يمكن التحرز منه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧١ و ٢٧٢

(٢) ـ من سير دابة أو ساقها أو قادها فوطئت إنساناً أو كدمته أو صدمته فهو مسئول عن ذلك كله لأنه مما يمكن التحرز عنه بحفظ الدابة وتنبيه الناس ، أما نفح الدابة برجلها أو ذنبها فلا يمكن التحرز منــه وكذلك بولها وروثها ولعابها فلو نفحت الدابة برجلها أو ذنبها إنساناً فأحدثت به إصابة مات منها ولو أتلف بولها أو روثها أو لعابها ملابس إنسان أو زلق فيه فسقط وأصيب فلا مسئولية على الراكب أو السائق أو القائد لأن سبب الإصابة مما لا يمكن التحرز عنه ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال «والرجل جبار» أى نفح الدابة برجلها جبار أى لامسئولية عنه

(٣) ـ ماتثيره الدابة بسيرها من الغبار والحصى الصغار لاضمان فيه أى لامسئولية عنه لأنه لايمكن التحرز فيه أما إثارة الحصى الكبار ففيه المسئولية لأنها لاتثار إلا عند السير العنيف وهو مما يمكن التحرز منه

(٤) ـ إذا أوقفت الدابة فى الطريق العام فقتلت إنساناً فمن أوقفها مسئول عن قتله سواء وطئت بيدها أو رجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت بيدها أو نفحت برجلها أو بذنبها وكذلك هو مسئول عما يعطب بروثها أو بولها أو لعابها كل ذلك مضمون عليه سواء كان راكباً لها أم لا ، لأن وقوف الدابة فى الطريق العام ليس بمأذون فيه شرعا ، إنما جعل الطريق للمرور فإذا كان الوقوف لاضرورة فيه فهو تعد من غير ضرورة وماتولد منه يكون مضموناً عليه سواء كان مما يمكن التحرز منه أم لايمكن التحرز منه

(٥) ـ ومن ربط فى غير ملكه فهو مسؤول عما أصابته من شىء بيدها أو رجلها وعما عطب بروثها أو بولها أو لعابها لأنه متعد بالوقوف فى غير ملكه

(٦) ـ فإذا أوقفها فى ملكه فلا ضمان عليه إلا فيما وطئت بيدها أو رجلها وهو راكبها ، وإذا كان الوقوف فى محل مخصص لذلك كموقف معد للحيوانات فى الشارع العام أو كموقف الحيوانات فى السوق العام فهو كما لو أوقف الدابة فى ملكه الخاص

(٧) ـ ولو نفرت الدابة أو انفلتت من صاحبها بالرغم منه فما أصابت من نفارها وانفلاتها فلا مسؤولية عنه لقوله عليه السلام «العجماء جبار» أي البهيمة جرحها جبار ولأنه لاصنع له في نفارها وانفلاتها ولم يكن في إمكانه أن يتحرز عن فعلها

(٨) ـ من أحدث شيئاً في الطريق كمن أخرج جناحاً أو شرفة ، أو نصب ميزابا ، أو بنى دكانا ، أو وضع حجراً أو خشبة أو متاعا فعثر بشيء من ذلك عاثر موقع فمات ، أو وقع على غيره فقتله ، أو حدث به أو بغيره من العثرة والسقوط جناية من قتل أو غيره ، أو صب ماء في الطريق فزلق به إنسان فهو مسؤول عن ذلك كله وعما عطب من الدواب وتلف من الأموال ؛ لأنه تسبب في التلف بإحداث هذه الأشياء وهو متعد في التسبب ، فكل ما تولد من التعدي يكون مضمونا عليه ولو كان التحرز منه غير ممكن

(٩) ـ إذا أشعل ناراً في داره أو في أرضه وكان من المتوقع أن يصل الشرر إلى دار غيره أو أرضه لهبوب الهواء قبل إشعال النار فهو ضامن لما احترق في في دار جاره أو أرضه لعدم تبصره ولعدم احتياطه

(١٠) ـ إذا سقى أرضه فأسرف حتى أضر السقي بأرض جاره أو كان بأرضه شق فنزل الماء في أرض جاره فهو ضامن لعدم تبصره وعدم احتياطه وتقصيره .

(١١) إذا رش الطريق فجاوز المعتاد في الرش فهو ضامن

(١٢) ـ ولو تناهى في الاحتياط والتبصر والتحرز فجرت حادثة لا تتوقع أو صاعقة فسقط بها شيء من ملكه كميزاب أو شرفة وأتلف إنسانا أو شيئا فلا مسؤلية ولا ضمان(١)

هذه هي بعض الأمثلة التي ضربها فقهاء الشريعة على الخطأ وظاهر منها أن

(١) راجع في هذا المثل والأمثلة السابقة بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٧١ ـ ٢٨٦ والمغني جـ ٩ ص ٥٥٨ ـ ٥٧٧ ونهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٣٣ ـ ٣٥٠ ومواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤١ ـ ٢٤٣ وص ص ٣٢٠ ـ ٣٢٣

المسؤولية تختلف فى حالة ما إذا كان الفعل مباحا عنها فى حالة ما إذا لم يكن مباحا فإن كان الفعل مباحاً فالمسؤولية أساسها التقصير الذى يرجع إلى الإهمال وعدم الاحتياط والتحرز أو عدم التقصير أما إذا كان الفعل غير مباح فأساس المسؤولية هو ارتكاب الفعل غير المباح ولو كان لم يحدث منه تقصير وهذا الذى تقوم عليه المسئولية فى الخطأ فى الشريعة هو نص ما يأخذ به القانون المصرى الناقل عن القانون الفرنسى فهو ينص على المسئولية فى حالة التقصير بصوره المختلفة من عدم الاحتياط والإهمال وعدم الانتباه كما ينص على المسؤوليه فى حالة عدم مراعاة واتباع اللوائح ولا يشترط التقصير فى الحالة الأخيرة(١)

أركان القتل الخطأ

١٢٨ — للجناية على النفس خطأ ثلاثة أركان أولها — فعل يؤدى لوفاة المجنى عليه ثانيها — أن يقع الفعل خطأ من الجانى ثالثها — أن يكون بين الخطأ ونتيجة الفعل رابطة السببية

الركن الأول

فعل يؤدى لوفاة المجنى عليه

١٢٩ — يشترط أن يقع بسبب الجانى أو منه فعل على المجنى عليه سواء كان الجانى أراد الفعل وقصده كما لو أراد أن يرمى صيداً فأصاب إنسانا أو وقع الفعل نتيجة إهماله وعدم احتياطه دون أن يقصده كأن انقلب وهو نائم على طفل بجواره فقتله

١٣٠ — ولا يشترط فى الفعل أن يكون من نوع معين كالجرح مثلا بل يصح أن يكون أى فعل مما يؤدى للموت كالاصطدام بشخص أو شىء وتزليق

(١) راجع المادتين ٢٣٨ ، ٢٤٤ من قانون العقوبات المصرى

الطريق وحفر بئر فيها وإسقاط ماء ساخن أو نار على المجنى عليه أو إسقاطه في ماء أو سقوط حائط عليه

١٣١ ـ وكما يصح أن يكون الفعل مباشراً يصح أن يكون بالتسبب كمن ألقى ماء في الطريق أو قشر موز أو بطيخاً فتزلق فيه آخر فسقط وأصيب فمات من إصابته ومن حفر بئراً أو حفرة ولم يتخذ حولها مانعاً فسقط فيها إنسان فمات من سقطته

١٣٢ ـ ويجوز أن يكون الفعل إيجابياً كمن يلقي حجراً من شرفته ليتخلص منه دون قصد إصابة أحد فيصيب أحداً ويجوز أن يكون الفعل تركاً كترك الكلب العاقر في الطريق فيعقر إنساناً ويحدث به إصابات تميته وكعدم إصلاح الحائط المائل أو المختل حتى يسقط على إنسان فيميته

١٣٣ ـ ويصح أن تكون وسيلة الموت مادية كما يصح أن تكون معنوية فمن أثار رائحة كريهة أدت إلى إسقاط حامل وموتها ومن صاح على حيوان صيحة مزعجة فمات منها إنسان رعباً أو أزعجه فسقط من مرتفع ومات من سقطته يعتبر قاتلاً خطأ في كل هذه الحالات وأمثالها

١٣٤ ـ ويشترط أن يؤدي الفعل إلى الوفاة ويستوي أن تكون الوفاة على أثر وقوع الحادث أو بعده طالت المدة أو قصرت فإن لم يمت المجنى عليه كان الفعل جناية خطأ على مادون النفس

١٣٥ ـ وينطبق على القتل الخطأ كل القواعد التي ذكرت في باب القتل العمد عن المباشرة والسبب والشرط والمسؤولية عنها وتعدد المباشرة والسبب واجتماعهما والقتل على التعاقب[1]

١٣٦ ـ وليكون الجاني مسؤولاً عن فعله يجب أن يكون المجنى عليه

(١) راجع الفقرات من ٤٣ إلى ٥٦ في هذا الكتاب

معصوماً وقد تكلمنا عن العصمة بمناسبة الكلام عن القتل العمد وفيما ذكر هناك الكفاية[1].

الركن الثاني

الخطأ

١٣٧ - الخطأ هو الركن المميز لجرائم الخطأ على العموم، فإذا انعدم الخطأ فلا عقاب، ويعتبر الخطأ موجوداً كلما ترتب على فعل أو ترك نتائج لم يردها الجاني بطريق مباشر أو غير مباشر، سواء كان الجاني أراد الفعل أو الترك أم لم يرده، ولكنه وقع في الحالين نتيجة لعدم تحرزه أو لمخالفته أوامر السلطات العامة ونصوص الشريعة.

١٣٨ - ومن المسلم به أنه لا عقاب على عدم التحرز في ذاته، أو مخالفة الأوامر والنصوص، فإن لم يكن شيء من هذا فلا عقاب، إلا إذا تولد عن عدم التحرز أو مخالفة الأوامر والنصوص ضرر، فإذا تولد الضرر فقد وجدت

(١) يعتبر الإمام مالك من القتل الخطأ الأفعال التي تقع من الجاني بقصد التأديب للمجني عليه أو بقصد اللعب إذا أدت لموته، ولعله أخذ بهذا الرأي تمشياً مع قوله: إن القتل إما عمد وإما خطأ فقط، ولا وسط بينهما، ورأيه فيما يختص بالأفعال التي يقصد بها التأديب مخالف لرأي بقية الفقهاء الذين يعتبرون الفعل قتلاً شبه عمد كما يخالف القانون المصري والفرنسي اللذين يعتبران الفعل ضرباً أفضى إلى موت، وهو متفق مع رأى بقية الفقهاء، أما فيما يختص بالأفعال التي ترتكب بقصد اللعب أو تنشأ عنه فرأى مالك فيها يتفق مع رأى بقية الفقهاء كما يتفق مع القوانين الوضعية.

ويرى أبو حنيفة من الخطأ أن يغري إنسان كلبه بعقر آخر فيقتله، وحجته أن الكلب لا يعتبر مكرهاً، ولكن يعتبر مختاراً فلا يمكن أن ينسب لصاحب الكلب إلا أنه أغرى، ويخالفه أبو يوسف ومحمد ويعتبران الفعل قتلاً شبه عمد ورأيهما يتفق مع رأى الشافعي وأحمد، أما مالك فيعتبر الفعل قتلاً عمداً. البدائع ج٧ ص١٨٣، ومواهب الجليل ج٦ ص ٢٣٤، ٢٤١.

المسؤولية عن الخطأ ، وإذا انعدم الضرر فلا مسؤولية[1]

١٣٩ ـ ومقياس الخطأ فى الشريعة هو عدم التحرز ، ويدخل تحته كل ما يمكن تصوره من تقصير ، فيدخل تحته الإهمال وعدم الاحتياط وعدم التبصر والرعونة والتفريط وعدم الانتباه وغير ذلك مما اختلف لفظه ولم يخرج معناه عن عدم التحرز

١٤٠ ـ ومخالفة الأوامر والنصوص تدخل تحتها نصوص الشريعة نفسها ونصوص القوانين واللوائح والأوامر التى تصدرها السلطات التشريعية ، ومجرد المخالفة يعتبر خطأ فى ذاته وترتب عليه مسؤولية المخالف سواء فيما يمكن التحرز فيه أو مالا يمكنه أن يتحرز فيه ، ولكن يشترط للمسؤولية أن يكون هناك ضرر كما قدمنا

١٤١ ـ ولا يشترط أن يكون الخطأ بالغا حدا معينا من الجسامة ، فيستوى أن يكون خطأ الجانى جسيما أو تافها ، فهو مسؤول جنائيا لمجرد حصول الخطأ وعليه أن يتحمل نتيجة خطئه ، وهى نتيجة لا تختلف باختلاف جسامة الخطأ أو تفاهته ، لأن عقوبة القتل الخطأ فى الشريعة ذات حد واحد ولا يجوز إنقاصها ولا إيقافها ولا العفو عنها من السلطات العامة ويبنى على هذا أن المجنى عليه لا يستطيع أن يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر إذا رأت المحكمة المختصة الجانى لأنه لم يحدث منه خطأ

الركن الثالث

أن يكون بين الخطأ والموت رابطة السببية

١٤٢ ـ يشترط ليكون الجانى مسؤولا أن تكون الجناية قد وقعت

---

(١) مواهب الجليل ج ٧ ص ٢٢١ ، ٢٢٢

نتيجة لخطئه ، بحيث يكون الخطأ هو العلة للموت ، وبحيث يكون بين الخطأ والموت علاقة السبب بالمسبب ، فإذا انعدمت رابطة السببية فلا مسؤولية على الجاني .

١٤٣ - ويسأل الجاني عن الموت ولو ساعد على إحداثه عوامل أخرى كسوء العلاج واعتلال صحة المجني عليه أو صغر سنه أو ضعف تكوينه ، كذلك يسأل عن الموت ولو اشترك في الخطأ أكثر من شخص بغض النظر عن عدد الإصابات التي سببها كل ، وبغض هذه الإصابات ،مادامت الإصابة المنسوبة للجاني مهلكة بذاتها أو ساهمت في إحداث الوفاة . وتعتبر رابطة السببية متوفرة سواء كان الموت نتيجة مباشرة للخطأ ، كمن يصوب بندقيته فتنطلق منه خطأ فتصيب المجني عليه فتقتله ، أو كان الموت ليس نتيجة مباشرة للخطأ ، كمن حفر بئراً عدواناً ، فجاء السيل ودحرج بجوارها حجراً فعثر المجني عليه بالحجر فسقط في البئر فمات من سقطته .

١٤٤ - والجاني مسؤول عن خطئه ولو توالت الأسباب وتعددت النتائج مادام العرف يعتبره مسؤولا عن هذه النتائج ، وقد تكلمنا طويلا عن رابطة السببية بمناسبة القتل العمد . وما قيل هناك يمكن أن يقال هنا .

١٤٥ - واشتراك شخص أو أشخاص في الخطأ لا يعفي الجاني من مسؤولية القتل العمد ، ولكنه يخفف من العقوبة ، إذ تقسم عليهم الدية بحسب عددهم لا بحسب عدد إصاباتهم ، فإذا اشترك ثلاثة في قتل رابع خطأ ، فعليهم ديته أثلاثاً بغض النظر عن جسامة فعل كل منهم وعدد إصاباته مادام فعله قد ساهم في إحداث الوفاة .

١٤٦ - وإذا اشترك المجني عليه مع الجاني في الخطأ ، تخفف العقوبة بقدر نصيب المجني عليه لأنه اشترك في الفعل ، فأعان على نفسه ، فمثلا إذا اشترك أربعة في حفر بئر فوقعت عليهم فمات أحدهم ، فعلى كل من الثلاثة الباقين ربع دية فقط ، وإذا كان عشرة يرمون بالمنجنيق فرجع عليهم بحجره فأصاب أحدهم

فات على الباقين كل منهم تسع دية و يسقط عشر الدية مقابل اشتراك المجنى عليه فى الخطأ الذى أعان به على نفسه ، وقد قضى على بن أبى طالب بمثل هذا فى قضية موضوعها : أن عشرة مدوا نخلة فسقطت على أحدهم فمات فقضى على الباقين كل بعشر الدية ، وأسقط عشرها لأن القتيل أعان على نفسه[1]

ولكن الفقهاء يختلفون فى حالة المصادمة فيرى بعضهم عقاب كل متصادم عقوبة كاملة عن فعله، ويرى البعض الآخر أن الموت حدث من فعلين فتنصف العقوبة[2]

والرأى الثانى يتفق مع ما تأخذ به المحاكم فى مصر وفرنسا ، فإن اشتراك المجنى عليه فى الخطأ لا يخليه من المسؤولية الجنائية ولكنه يؤثر على التعويض ، ويدعو إلى تخفيف العقوبة

١٤٧ — وتعتبر رابطة السببية قائمة سواء كان الموت نتيجة مباشرة لفعل الجانى أو كان نتيجة مباشرة لفعل غيره من إنسان أو حيوان ، ما دام الجانى هو المتسبب فى الفعل ، فمن يسبب سيارة ، فتنطلق منه خطأ فتصيب المجنى عليه . فهو مسؤول عن القتل إذا مات ، ومن يكلف أجيراً بحفر بئر فى طريق فسقط فيها أحد فمات من سقطته ، فالقاتل هو المالك ما دام الأجير لا يعلم أنها فى ملك الآخر ، ومن قاد دابة فعقرت شخصاً فمات من العقر فالقاتل هو القائد

المبحث الرابع

فى عقوبات القتل العمد

١٤٨ — للقتل العمد فى الشريعة أكثر من عقوبة ، منها ما هو أصلى ، ومنها ما هو تبعى والعقوبات الأصلية هى :

١ ـ القصاص ٢ ـ الدية ٣ ـ التعزير والكفارة على رأى ، والعقوبات التبعية

(١) بدائع الصنائع ج٧ ص ٢٧٨ والمغنى ج ٧ص٥٥٩ ، ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٥٠

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧٣ ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٣ ، ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٤٣

اثنتان · ١ ـ الحرمان من الميراث ٢ ـ الحرمان من الوصية

١٤٩ ـ القصاص . تجب عقوبة القصاص بارتكاب جريمة القتل العمد في الشريعة ومعنى القصاص المماثلة أي مجازاة الجاني بمثل فعله وهو القتل ويستوى لتوقيع هذه العقوبة أن يكون القتل مسبوقاً بإصرار أو ترصد أو غير مسبوق بشيء من ذلك كما يستوى أن يصحب القتل جريمة أخرى أولا يصحبه شيء ، فالعقوبة على القتل العمد هي القصاص في كل حال إلا في حالة الحرابة . أي عندما يقترن القتل بسرقة فالعقوبة في هذه الحالة هي القتل والصلب ولكن العقوبة لا تقع على الجاني باعتباره قاتلاً متعمداً بل باعتباره محارباً أي قاطع طريق

١٥٠ ـ وعقوبتا الدية والتعزير كلاهما بدل من عقوبة القصاص فإذا امتنع القصاص لسبب من الأسباب الشرعية التي تمنع القصاص حلت محله عقوبة الدية مضافاً إليها التعزير إن رأت ذلك الهيئة التشريعية وإذا امتنعت عقوبة الدية لسبب من الأسباب الشرعية حلت محلها عقوبة التعزير فالفرق بينهما أن عقوبة التعزير تكون أحياناً بدلا من القصاص وتكون أحياناً بدلا من بدل القصاص أي بدلا من عقوبة الدية التي هي في الأصل بدل من عقوبة القصاص أما عقوبة الدية فهي بدل من القصاص فقط

١٥١ ـ ويترتب على اعتبار الدية بدلا من القصاص نتيجتان · أولهما ـ أنه لا يجوز للقاضي أن يجمع بين العقوبتين جزاء عن فعل واحد ولكن الجمع يجوز إذا تعددت الأفعال فيجمع بينهما باعتبار القصاص عقوبة عن بعض الأفعال والدية عقوبة عن البعض الآخر فمن قتل شخصاً عمداً لا يصح أن يعاقب إلا بعقوبة القصاص فإذا امتنع القصاص فعقوبة الدية والتعزير أو الدية فقط فإن امتنعت الدية فالعقوبة التعزير ومن قتل شخصين جاز أن يعاقب على قتل أحدهما بالقصاص وعلى قتل ثانيهما بالدية والتعزير إذا امتنع القصاص وبالتعزير فقط إذا امتنع القصاص والدية فتكون نتيجة الحكم عليه أنه عوقب بالقصاص والدية والتعزير وخلاصة ما سبق أنه لا يجوز الجمع بين عقوبة أصلية وعقوبة بدلية إذا كانت الأخيرة مقررة بدلا من الأولى أو بمعنى آخر لا يجوز الجمع بين العقوبة الأصلية

و بدلها ولكن يجوز الجمع بين بدلين كما يجوز الجمع بين عقوبتين أصليتين فمثلا يجوز الجمع بين الدية والتعزير وكلاهما بدل من عقوبة القصاص ويجوز الجمع بين القصاص والكفارة وكلاهما عقوبة أصلية ، ولا جدال في أنه يجوز الجمع بين العقوبات الأصلية والعقوبات التبعية حيث لا يوجد ما يمنع من ذلك عقلاً وشرعاً

١٥٢ — ويترتب على أن القصاص أصل والدية والتعزير بدل أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بالعقوبة البدلية إلا إذا امتنع الحكم بالعقوبة الأصلية ولسبب من الأسباب الشرعية التي تمنع القصاص فإذا لم يكن هناك مانع ، وجب الحكم بالعقوبة الأصلية

١٥٣ موانع القصاص العقوبة الأصلية الأولى للقتل العمد هي القصاص فيحكم بهذه العقوبة على الجاني كلما توفرت أركان الجريمة إلا إذا كان هناك سبب يمنع من الحكم بالقصاص والأسباب التي تمنع الحكم بالقصاص ليس فيها سبب واحد متفق عليه كلها مختلف فيه ولكن بعضها أخذ به معظم الفقهاء والبعض أخذ به أقلهم وسنذكرها جميعاً فيما يلي

١٥٤ — أولا أن يكون القتيل جزءاً من القاتل . يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد[1] إذا كان القتيل جزءاً من القاتل امتنع الحكم بالقصاص ، ويكون القتيل جزءاً من القاتل إذا كان ولده ، فإذا قتل الأب ولده عمداً فلا يعاقب على قتله بالقصاص لقوله عليه السلام «لا يقاد الوالد بولده» ولقوله «أنت ومالك لأبيك» والحديث الأول صريح في منع القصاص والحديث الثاني وإن لم يكن صريحاً في منع القصاص إلا أن نصه يمنع منه لأن تمليك الأب ولده وإن لم تثبت فيه حقيقة الملكية تقوم شبهة في درء القصاص إذ القاعدة في الشريعة « درء الحدود بالشبهات »

أما الولد فيقتص منه لوالده سواء كان أبا أو أما إذا قتله طبقاً للنصوص العامة لأن النص الخاص لم يخرج من حكم النصوص العامة إلا الوالد فقط ويعللون هذه التفرقة في الحكم بين الوالد والولد بأن الحاجة إلى الزجر والردع في جانب

(١) بدائع الصنائع ص ٢٣٥ ، المهذب جـ ٢ ص ١٨٦ ، والمغني جـ ٩ ص ٣٥٩ وما بعدها

الولد أشهر منها فى جانب الوالد لأن الوالد يحب ولده لولده لا لنفسه دون أن ينتظر نفعاً منه إلا أن يحيى ذكره ، وهذا يقتضى الحرص على حياته أما الولد فيحب والده لنفسه لا لوالده أى أنه يحبه لما يصل إليه من منفعة عن طريقه وهذا لايقتضى الحرص على حياة والده لأن مال والده كله يؤول إليه بعد وفاته وحبه لنفسه يتعارض مع الحرص على حياة والده[1] ويعلل البعض[2] التفرقة فى الحكم بأن الوالد كان سبباً فى إيجاد الولد فلا يصح أن يكون الولد سبباً فى إعدامه وهو تعليل يراه البعض بعيداً عن الفقه لأن الأب إذا زنى بابنته يرجم فتكون سبب إعدامه مع أنه سبب وجودها والحقيقة أن الابن والبنت ليسا سبب إعدام الأب وإنما ارتكاب الأب الجريمة فى كل حال كان سبب إعدامه[3] ويدخل تحت لفظى الوالد والولد باتفاق الفقهاء الثلاثة كل والد وإن علا وكل ولد وإن سفل فيدخل تحت الوالد الجد أب الأب والجد أب الأم وإن علا[4] ويدخل تحت الولد ولد الولد وإن سفلوا

وحكم الأم هو حكم الأب فإذا قتلت الأم ولدها فلا يقتص منها لأن النص جاء بلفظ الوالد وهى أحد الوالدين فاستوت فى الحكم مع الأب فضلا عن أنها أولى بالبر فكانت أولى بنفى القصاص عنها ولأحمد رأى آخر غير معمول به وهو قتل الأم بولدها ويعلل هذا الرأى بأن الأم لا ولاية لها على ولدها فتقتل به ويرد على هذا الرأى بأن الولاية لا دخل لها فى منع القصاص بدليل أن الأب لايقتص منه إذا قتل ولده الكبير مع أنه لا ولاية له على ولده[5].

والجدة كالأم فيما سبق سواء كانت من قبل الأب أو من قبل الأم فحكمها

---

(١) بدائع الصنائع ج ٩ ص ٢٣٥

(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٥٩ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٦

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج ٢ ص ٢٥٠

(٤) يرى الحسن بن حى أن الجد لا يدخل تحت لفظ الوالد ويرد عليه بأن الحكم متعلق بالولادة فاستوى فيه القريب والبعيد ومن ثم كان الجد والداً

(٥) مغنى ج ٩ ص ٣٦١

حكم الحد ويمتنع القصاص عن الوالد سواء كان مساوياً للولد فى الدين والحرية أو مخالفاً له فى ذلك لأن انتفاء القصاص أساسه شرف الأبوة وهو موجود فى كل حال فلو قتل الكافر ولده المسلم أو قتل الرقيق ولده الحر فلاقصاص لشرف الأبوة ومكانتها[1] ولأحمد رأى آخر غير معمول به ملخصه : أن الابن لا يقتل بوالده لأنه مما لاتقبل شهادته له بحق النسب فلا يقتل به كما لايقتل الأب بولده حيث لا تقبل شهادته له وورد هذا الرأى بأن النصوص العامة تقضى بأن يقتل كل منهما بالآخر لولا النص الخاص الذى جاء قاصراً على الولد وأن الوالد أعظم حرمة وحقاً على الابن من أى شخص أجنبى فإذا كان الابن يقتل بالأجنبى فبالأب أولى كذلك فإن الابن يحد بقذف الأب فيقتل به[2]

ويخالف مالك الفقهاء الثلاثة ، ويرى قتل الوالد بولده كلما انتفت الشبهة فى فى أنه أراد تأديبه أو كلما ثبت ثبوتاً قاطعاً أنه أراد قتله ، فلو أضجعه فذبحه أو شق بطنه أو قطع أعضاءه فقد تحقق أنه أراد قتله ، وانتفت شبهة أنه أراد من الفعل تأديبه ، ومن ثم يقتل به ، أما إذا ضربه مؤدباً أو حانقاً ولو بسيف أو حذفه بحديدة أو ما أشبه فقتله فلا يقتص منه ، لأن شفقة الوالد على ولده وطبيعة حبه له تدعو دائماً إلى الشك فى أنه قصد قتله وهذا الشك يكفى لدرء الحد عنه[3] فلايقتص منه ، وإنما عليه دية مغلظة

والقتل كما جاء فى المدونة من العمد لا من الخطأ فهو فى حال القاتل لاتحمل العاقلة منه شيئاً[4]

والأصل أن الخطأ فيه دية مخمسة لا دية مغلظة ، وأن الدية المغلظة ، هى العقوبة البدلية التى تحل محل القصاص ، أى عقوبة العمد ، فهل اعتبر مالك

(١) المغنى جـ ٩ ص ٣٦١
(٢) مغنى جـ ٩ ص ٣٦٥
(٣) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٥ والمدونة جـ ٦ ص ١٠٦ ــ ١٠٨
(٤) صفحة ١٠٧ ، ١٠٨ من المدونة جـ ١٦

الفعل قتلا عمداً ودرأ القصاص للشبهة ؟ طبقا لقوله عليه السلام « ادرؤوا الحدود بالشبهات » ومن ثم رأى القضاء بالدية المغلظة بدلا من القصاص ، أم أنه اعتبر الفعل قتلا خطأ ورأى تغليظ الدية لشناعة الجريمة ؟ الراجح أن الفعل يعتبر قتلا عمداً وأن القصاص درء للشبهة المتمكنة فى القصد كما سنبينه بعد ، على أنه يمكن القول باعتبار الفعل خطأ ثم تغليظ الدية لشناعة الجريمة ، والأم فى ذلك مثل الأب فى الحكم فى حالة تغليظ الدية ، ومثل الوالد الجد ومثل الولد ولد الولد

وهناك رأى ثالث بأن مالكا اعتبر الفعل قتلا شبه عمد وأنه لم يسلم بالقتل شبه العمد إلا فى هذه الحالة ، وهو رأى له سند فى المذهب ، وإنما جاء به أصحابه تعليلا للحكم ، ولاشك أن أحد الرأيين السابقين أجدر منه بالقبول وأقرب إلى المبدأ الذى قام عليه المذهب

وبهذه المناسبة يحسن أن نفصل القول عن تطبيق قاعدة درء الحدود بالشبهات فى جريمة القتل ، فمعنى هذه القاعدة أن كل شبهة قامت فى فعل الجانى أو قصده يترتب عليها درء الحد إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود ، ويعاقب الجانى بدلا من عقوبة الحد بعقوبة تعزيرية ، ومن السهل تطبيق هذه القاعدة فى جرائم الحدود جميعاً على هذه الصورة ، ولكن تطبيق القاعدة فى جرائم القتل نادر مع إمكانه ، فهى تعتبر معطلة التطبيق وإن كانت فى الواقع تطبق بمعنى لاصورة ، لأن القتل وهو فعل واحد قسم إلى أنواع مختلفة : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ فى العمد إذا قامت الشبهة فى الفعل فإنه لا يمكن درء الحد بالشبهة لأن الفعل بعد قيام الشبهة يكون قتلا خطأ أو جرحا ، وإذا قامت الشبهة فى القصد ، فإن الفعل يكون قتلا شبه عمد ، وهكذا يمنع تنوع القتل من تطبيق القاعدة ، وكذلك إذا كان الفعل قتلا شبه عمد ، فقامت الشبهة فى الفعل أو القصد ، فإن الفعل يعتبر قتلا خطأ أو جرحا ، وإذا قامت الشبهة فى القتل الخطأ فإن الفعل يعتبر جرحا خطأ ، فالشبهة فى القتل تحوّل نوع القتل إلى ما هو أدنى منه ، وتدرأ الحد الأعلى بالحد الأدنى ، فكأن القاعدة تطبق معنى لاصورة .

وليس لتطبيق القاعدة محال عند مالك ، لأنه يقسم القتل إلى نوعين فقط عمد وخطأ ، لأن مالا يعتبر عمدا عنده يعتبر خطأ ، فإذا قامت الشبهة في القصد أو الفعل اعتبر العمد قتلاً خطأ أو جرحاً

قتل الرجل بزوجه

ويقيس الليث بن سعد والزهري الزوج على الأب فالإبن وماله ملك لأبيه طبقا لحديث الرسول والزوجة ملك للزوج بعقد النكاح ، فهي أشبه بالأمة . فإذا منعت شبهة الملك القصاص هناك ، منعته كذلك هنا ولكن جمهور الفقهاء لايرون هذا الرأي وعلى الأخص فقهاء المذاهب الأربعة فعندهم أن الزوجين شخصان متكافئان فيقتل كل منهما بقتل الآخر كالأجنبيين ، وما يقال من أن الزوج يملك الزوجة غير صحيح ، فهي حرة ولا يملك منها الزوج إلا متعة الاستمتاع ، فهي أشبه بالمستأجرة وفضلا عن هذا فإن النكاح ينعقد لها عليه كما ينعقد له عليها ، بدليل أنه لايتزوج أختها ولا أربعا سواها ، وتطالبه في حق الوطء بما يطالبها ، ولكن له عليها فضل القوامة التي جعل الله عليها بما أنفق من ماله ، أي بما وجب عليه من صداق ونفقة ، ولو أورث هذا شبهة لأورثها في الجانبين لا في جانب واحد

١٥٥ — ثانيا يشترط مالك والشافعي وأحمد أن يكون المجني عليه مكافئا للجاني ، فإن لم يكن مكافئا امتنع الحكم بالقصاص ، ويعتبر المجني عليه مكافئا للجاني عندهم ، إذا لم يفضله الجاني بحرية أو إسلام ، فإذا تساويا في الحرية والإسلام فهما متكافئان ، ولا عبرة بعد ذلك بما بينهما من فروق أخرى فلا يشترط التساوي في كمال الذات ، ولا سلامة الأعضاء ، ولا يشترط التساوي في الشرف والفضائل ، فيقتل سليم الأطراف بمقطوعها والصحيح بالمريض والأمثل والكبير بالصغير والقوي بالضعيف ، والعالم بالجاهل والعاقل بالمجنون والأمير بالمأمور ، والذكر بالأنثى الخ

ولا خلاف بين الفقهاء في قتل الرجل بالرجل والأنثى بالأنثى لقوله تعالى :

﴿ الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ﴾ ولكنهم اختلفوا فى تفسير هذه الآية ، فمنهم من رأى أنها تعرضت لحكم النوع إذا قتل نوعه ؛ ولكنها لم تتعرض لأحد النوعين إذا قتل النوع الآخر ، ومن ثم فقد اختلفوا فى ذلك إلى رأيين .

الرأى الأول يرى أصحابه ـ وهو رواية عن على بن أبى طالب ـ يرى أصحاب هذا الرأى بأن الرجل يقتل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية وحجة هذا الفريق أن النص لم يتعرض إلا لحكم النوع إذا قتل نوعه وإن دية المرأة نصف دية الرجل ، فإذا قتل بها بقى له بقية فيستوفى ممن قتله[1] وأن أرادوا استحيوه وأخذوا منه دية المرأة

وإذا قتلت امرأة رجلا ، فإن أراد أولياؤه قتلها قتلوها وأخذوا نصف الدية وإلا أخذوا دية صاحبهم واستحيوها

ويقول القرطبى : إن أبا عمر علق على هذا الرأى بقوله إذا كانت المرأة لا تكافىء الرجل ، ولا تدخل تحت قول النبى « المسلمون تتكافأ دماؤهم » فلم قتل الرجل بها وهى لا تكافئه ؟ وكيف تؤخذ نصف الدية مع القتل وقد أجمع العلماء على أن الدية لا تجتمع مع القصاص ؟ وأن قبول الدية يحرم دم القاتل ويمنع القصاص[2] وأصحاب الرأى الثانى يرون أن الذكر يقتل بالأنثى كما تقتل الأنثى بالذكر ومن هذا الرأى الأئمة الأربعة وحجتهم قوله تعالى : « الحر بالحر » وقوله عليه السلام « المسلمون تتكافأ دماؤهم » وأنه صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب الفرائض والسنن وذكر فيه أن الرجل يقتل بالمرأة ، والرجل والمرأة شخصان يحد كل منهما بقذف الآخر ، فيقتل كل منهما بالآخر كالرجلين ، ولا يجب مع القصاص شىء لأنه قصاص واجب ، فلا يجب معه الدية كسائر القصاص واختلاف الديات لا عبرة به فى القصاص ، بدليل أن الجماعة تقتل بالواحد ، والنصرانى بالمجوسى ، مع اختلاف ديتهما ، والعبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما

---

(١) المغنى ص ٣٧٧ ، ٣٧٨

(٢) القرطبى جـ ٢ ص ٢٤٨

ومذهب الشيعة الزيدية أنه إذا قتلت امرأة رجلا وجب أن تقتل المرأة بالرجل ولا يزيد شيء على قتلها ، وإذا قتل الرجل المرأة قتل الرجل بها ، ويستوفى ورثته - أى أولياء الدم - نصف دية ، ولا يجب القصاص إلا بشرط التزامهم ذلك

ويشترط التكافؤ فى المجنى عليه لا فى الجانى ، فإذا كان المجنى عليه لا يكافىء الجانى امتنع القصاص كأن يكون القاتل مسلماً والقتيل كافراً ، أو كان القاتل حراً والقتيل عبداً ، ولكن التكافؤ لا يشترط فى الجانى ، فإن كان الجانى لا يكافىء المجنى عليه ، فإن هذا لا يمنع من القصاص ، لأن شرط التكافؤ وضع لمنع قتل الأعلى بالأدنى ولم يوضع لمنع قتل الأدنى بالأعلى ، فإذا قتل الكافر مسلما أو العبد حرا قتل به على الرغم من انعدام التكافؤ بينهما ، لأن النقص فى الجانى وليس فى المجنى عليه ، والنقص هو الكفر والعبودية ، والزيادة هى الإسلام والحرية .

١ - الحرية . يرى الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد أن الحر لا يقتل بالعبد . لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه قال : « من السنة أن لا يقتل حر بعبد » أو كما يروى عن ابن عباس « لا يقتل حر بعبد » ويرون أن العبد منقوص بالرق فلا يكافىء الحر والمكافأة بالحرية شرط عندهم فى المجنى عليه لا فى الجانى ، فإذا كان المجنى عليه حرا والجانى عبداً اقتص من الجانى ، وإذا كان المجنى عليه عبداً والجانى حراً لم يقتص من الجانى[1]

أما أبو حنيفة فيرى القصاص بين الأحرار والعبيد ولا يشترط التكافؤ فى الحرية للقصاص ، ويستوى عنده أن يكون الحر هو القاتل للعبد أو العبد هو القاتل للحر ، فالقصاص واجب الحكم به على الجانى فى الحالين

ولكن أبا حنيفة[2] يرى استثناء أن لا يقتل السيد بعبده ، فإذا كان القتيل مملوكا للقاتل أو كان للقاتل فيه شبهة الملك ، امتنع القصاص من القاتل لقوله

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٣٦ وما بعدها ، المهذب جـ ٢ ص ١٨٦ ، المغنى جـ ٩ ص ٣٤٨ .
(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٣٥

صلى الله عليه وسلم « لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده » وعلة المنع أنه لو وجب القصاص لوجب للسيد ولا يمكن أن يكون القصاص له وعليه ، هذا إذا كان يملكه كله ، فإن كان يملك بعضه ، فلا يقتص منه ، لأن القصاص عقوبة لا تتبعض ، فلا يمكن استيفاء بعضها دون بعض . وإذا كان له شبهة الملك فيه لا يقتص منه ، لأن الشبهة فيما يقتص منه تلحق بالحقيقة درءاً للحد أما إذا قتل العبد سيده فإنه يقتص منه ، لأن معنى القصاص عام ، ولم يستثن منه إلا قتل السيد لعبده ، وظاهر مما سبق أن أبا حنيفة يتفق مع الأئمة الثلاثة فى قتل السيد لعبده ، ويختلف معهم فيما عدا ذلك .

وهنالك من يرى أن يقتص من السيد إذا قتل عبده ، فالنخعى وداود يريان قتل السيد بعبده لما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم « من قتل عبده قتلناه ومن جدعه جدعناه »[(١)]

هذه خلاصة آراء الفقهاء فى التكافؤ بين الحر والعبد رأينا الإتيان بها لإعطاء فكرة عن أحكام الشريعة فى هذه الناحية ، ونحن نعلم أن الرق قد أبطل اليوم ، فلا سيد ولا مسود ، ولعل أول شريعة دعت إلى إبطال الرق وحثت عليه هى الشريعة الإسلامية

ب ـ الإسلام قتل المسلم بغيره . يرى مالك والشافعى ، أن المسلم لا يقتل بكافر أيا كان إذا قتله ، لأن الكافر لا يكافىء المسلم ، ولكن الكافر يقتل بالمسلم إذا قتله ، لأنه قتل الأدنى بالأعلى ويرون تطبيق هذا الحكم على الذميين ولو أنهم يؤدون الجزية ، وتجرى عليهم أحكام الإسلام ، وحجتهم ، أن التكافؤ فى الإسلام شرط وجوب القصاص وأن الكفر نقصان ، فإذا وجد الكفر امتنعت المساواة ، ويمتنع وجوب القصاص ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ولا يقتل مؤمن بكافر »

---

(١) المغنى جـ ٩ ص ٣٤٩

ولأن فى عصمة الأمن شبهة العدم لثبوتها مع قيام المنافى وهو الكفر ـ والأصل فى الكفر أنه مبيح للدم، ولكن عقد الذمة منع الإباحة فبقاء الكفر يورث الشبهة والشبهة تدرأ الحد ، وإذا كان المسلم لا يقتل بالمستأمن وهو كافر فكذلك الذمى[1]

ويرى أبو حنيفة أن المسلم يقتل بالذمى وأن الذمى يقتل بالمسلم لأن النصوص التى جاءت بعقوبة القصاص عامة فالله تعالى يقول ﴿ كُتِبَ عَلَيكُم القصاص فى القتلى ﴾ ويقول ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ ويقول ﴿ وَمَن قُتِلَ مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا ﴾ فهذه النصوص عامة لم تفصل بين قتيل وقتيل ونفس ونفس ومظلوم ومظلوم ، فمن ادعى التخصيص والتقييد فهو يدعيه بلا دليل ولقد قال الله تعالى ﴿ ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب ﴾ وتحقيق معنى الحياة فى قتل المسلم بالذمى أبلغ منه فى قتل المسلم بالمسلم لأن العداوة الدينية تحمله على القتل خصوصاً عند الغضب فكانت الحاجة إلى الزاجر أمس ، وكان فرض القصاص أبلغ فى تحقيق معنى الحياة ويخالف الإمام مالك زميله ، فيرى قتل المسلم بالذمى إذا قتله غيلة ، والغيلة هى أن يخدعه غيره ليدخله موضعاً فيأخذ ماله

والقتل غيلة هو نوع من الحرابة عند مالك ، ولا يعترف به الشافعى ،وأحمد وأبو حنيفة[2] فإن للقتل غيلة حكماً خاصاً ، فهو قتل فيه القصاص إن توفرت شروطه ، وإذا كان مالك يقيسه على الحرابة فإنهم لا يرون ذلك[3]

كذلك يحتجون بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه أقاد مؤمناً بكافر وقال أنا أحق من وفى بذمته ، ويفسرون حديث لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده ، بأن المراد من الكافر المستأمن وأن « ذو عهد » معطوف

(١) مواهب الجليل ، جـ ٦ ص ٢٣٦ وما بعدها ـ المهذب جـ ٢ ص ١٨٥ المغنى جـ ٩ ص ٣٤١ وما بعدها
(٢) مواهب الجليل ٢٣٣
(٣) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٨٣

على مؤمن فمعنى الحديث . لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد بكافر .

ويردون على القول : بأن فى عصمة الذمى شبهة العدم ، بأن دم الذمى حرام لا يحتمل الإباحة بحال مع قيام الذمة ، وأنه بمنزلة دم المسلم مع قيام الإسلام ، وأن الكفر ليس مبيحاً على الإطلاق ، وأن الكفر المبيح هو الكفر الباعث على الحرب ، وكفر الذمى ليس باعث على الحرب فلا يكون مبيحاً ، كذلك فإن المساواة فى الدين ليست بشرط للقصاص ، لأن الذمى إذا قتل ذميا ثم أسلم القاتل فإنه يقتل به قصاصاً كما يسلم به الجميع ولا مساواة بينهما فى الدين وقد قال على رضى الله عنه ، إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ، وذلك بأن تكون معصومة بلا شبهة كعصمة دم المسلم وماله ، ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمى ولو كان فى عصمته شبهة لما قطع المسلم ، كما لا يقطع فى سرقة مال المستأمن ، لأن المال تبع النفس ، وأمر المال أهون من النفس ، فلما قطع بسرقته كان أولى أن يقتل بقتله ، لأن أمر النفس أعظم من المال[1]

ورأى أبى حنيفة يتفق مع القوانين الوضعية الحديثة ، فهى لا تفرق فى العقوبة لاختلاف الدين ، والقانون المصرى لا يفرق بين ذمى ومسلم فكلاهما يقتل بالآخر

قتل المسلم فى دار الحرب يرى أبو حنيفة أنه إذا قتل مسلم حربياً أسلم وبقى فى دار الحرب ، فلا قصاص على القاتل ، لأنه وإن قتل مسلماً ، إلا أن المقتول من أهل دار الحرب . فكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة فى عصمته لأنه إذا لم يهاجر إلى دار الإسلام فهو مكثر سواد الكفار ، ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان الرسول ، وهو وإن لم يكن منهم ديناً فهو منهم دارا وهذا هو الذى أورثه الشبهة ، ولو كانا مسلمين تاجرين أو أسيرين فى دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه فلا قصاص أيضاً[2] للشبهة ولتعذر الاستيفاء

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٣٧ ـ البحر الرائق جـ ٨ ص ٢٩٦ .
(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٣ ، ٢٣٧

أما الأئمة الثلاثة ، فيرون القصاص سواء كان القتل فى دار الحرب أو دار الإسلام ، وسواء هاجر القتيل أم لم يهاجر[١]

قتل الكافر غيره وإذا قتل الذمى مسلماً قتل به اتفاقا . لأنه فى رأى أبى حنيفة قتل داخل تحت النصوص العامة ، وعند الأئمة الثلاثة يقتل به مع وجود التفاوت . لأنه تفاوت إلى النقصان ولا يمنع القصاص إلا التفاوت إلى زيادة ، ولا يعتبر قتل الذمى للحربى جريمة اتفاقا ، لأن الحربى مباح الدم على الإطلاق[٢] .

ولا يقتل الذمى بالمستأمن عند أبى حنيفة،لأن عصمة المستأمن ليست مطلقة، بل هى مؤقتة إلى غاية مقامه فى دار الإسلام إذ المستأمن أصلا من أهل دار الحرب ، وإنما دخل دار الإسلام لعارض على أن يعود إلى وطنه الأصلى ، فكانت فى عصمته شبهة العدم ، ويرى أبو يوسف أنه يقتل به قصاصا لقيام العصمة وقت القتل[٣]

ويقتل المستأمن بالمستأمن عند أبى حنيفة قياسا ، ولا يقتل قياسا لقيام المبيح[٤] ويرى مالك والشافعى وأحمد ، أن الكفار يقتلون بعضهم ببعض دون تفريق ، فالذمى يقتل بأى كتابى أو مجوسى أو مستأمن[٥] ولو اختلفت دياتهم

١٥٦ ـ ثالثاً إذا لم يباشر الجانى الجناية ولكنه عاون عليها أو حرض عليها ـ

محل هذا الشرط أن يتعدد الجناة ،لأن الجانى الواحد يباشر الجناية بنفسه ، سواء كان القتل مباشرة أو تسببا ، أما إذا تعدد الجناة فإن بعضهم قد يباشر الجناية بنفسه وبعضهم قد يعين المباشرين ، و بعضهم قد يحرض على الجناية

(١) المغنى حـ ٩ ص ٣٣٥
(٢) المغنى حـ ٩ ص ٣٤٧
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦
(٤) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٦
(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص٢٣٧ ، الشرح الكبير حـ٤ ص ٢١٤ المغنى حـ٩ص٣٤٢

ومن المتفق عليه بين الفقهاء الأربعة أن تعدد الجناة لا يمنع من الحكم عليهم بالقصاص مادام كل منهم قد باشر الجناية[1] وإذا كان القصاص يقتضي المماثلة فإن المماثلة شرط في الفعل لا في عدد الجناة والمجني عليهم، وأحق ما يجمل فيه القصاص إذا قتل الجماعة الواحد لأن القتل لا يوجد عادة إلا على سبيل الاجتماع، فلو لم يجمل فيه القصاص لانسد باب القصاص، إذ كل من رام قتل غيره استعان بغيره يضمه إليه ليبطل القصاص عن نفسه، وفي هذا مايفوت الغرض من فرض القصاص وهو الحياة ومنع القتل، قال الله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاأُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾.

وهناك رواية عن أحمد بأن القصاص يسقط عن الجناة إذا تعددوا وتجب عليهم الدية، ويرى ابن الزبير وابن سيرين وآخرون: أن يقتل من القاتلين واحد ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية، وحجتهم في عدم القصاص من الجمع أن كل واحد منهم مكافيء للجاني، فلا يستوفي أبدال بمبدل واحد، كما لا تجب ديات لمقتول واحد وأن الله تعالى قال ﴿ الحر بالحر ﴾ و ﴿ النفس بالنفس ﴾ ومقتضاه أن لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة[2]

وإذا كان الفقهاء الأربعة قد اتفقوا على القصاص من الجماعة للفرد إذا باشروا القتل فإنهم اختلفوا في حالة الإعانة على القتل أو التحريض عليه، والمسائل المختلف عليها أربع أولها ـ الإعانة في حالة التمالؤ، ثانيها ـ إمساك القتيل للقاتل ثالثها ـ الأمر بالقتل، رابعها ـ الإكراه على القتل.

أولا الإعانة في حالة التمالؤ ـ

ذكرنا قبلا أن التمالؤ عند أبي حنيفة هو التوافق وأن باقي الأئمة يرون التوافق قتلا على الاجتماع لا تمالؤ فيه، وأن التمالؤ عندهم هو الاتفاق السابق على ارتكاب جريمة القتل، والفرق بين الحالين أن المباشرين في حالة الاتفاق يعتبر

(١) راجع الفقرات من ٥٢ إلى ٥٤

(٢) راجع المغني ج ٩ ص ٣٣٦، ٣٣٧

كل منهم قاتلا ، ولو كان فعله بالذات غير قاتل ، ما دام الموت كان نتيجة أفعال الجميع ، أما في حالة التوافق فلا يعتبر المباشر قاتلا إلا بشروط بيناها عند الكلام على القتل على الاجتماع

ولا خلاف في أن القاتل في الحالين يقتص منه ولو تعدد المباشرون ، سواء كان اجتماعهم على القتل نتيجة اتفاق سابق أو توافق غير منتظر

ولكن الخلاف في حكم من اتفق ولم يحضر القتل ، أو أعان عليه ولم يباشره

فأبو حنيفة والشافعي وأحمد يرون القصاص من المباشر فقط ، وتعزير من لم يباشر ، ومالك يرى قتل من حضر ولم يباشر ومن أعان ولم يباشر ، كأن كان ربيئة أو حارساً للأبواب ، أما من اتفق ولم يحضر فعليه التعزير في الراجح . ويشترط فيمن حضر أو من أعان أن يكونوا بحيث لو استعان بهم أعانوا ، أو إذا لم يباشره أحد المتمالئين باشره الآخر فشرط القصاص إذن أن يكون المتمالئ غير المباشر في محل الحادث أو على مقربة منه ، وليس من الضروري أن يباشر القتل بنفسه[1]

وقد جاء في فتاوى ابن تيمية[2] أمثلة على هذه الحالات المختلفة ، فيها إذا اشترك جماعة في قتل معصوم « أي محرم القتل » بحيث أنهم جميعاً لو باشروا قتله ، وجب القود - أي القصاص - عليهم جميعاً ، وإن كان بعضهم قد باشر وبعضهم قائم يحرس المباشر ويعاونه ففيها قولان أحدهما - لا يجب القود إلا على المباشر وهو قول أبي حنيفة والشافعي وأحمد ، والثاني - يجب على الجميع وهو قول مالك وجاء في الفتاوى أيضاً أنه إذا اشترك أولاد رجل مع أجنبي في قتل والدهم جاز قتلهم جميعاً ، فقتل المباشر باتفاق الأئمة ، وأما الذين أعانوا بمثل إدخال الرجل إلى البيت وحفظ الأبواب ونحو ذلك ، ففي قتلهم قولان وقتلهم مذهب مالك

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ الشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٨ ، القصاص ص ١٢٧ وما بعدها أحكام المرأة ص ٥٨٤ وما بعدها

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٤ ص ١٨٧ ، ١٨٨ سنة ١٣٢٩ هـ بمصر مطبعة كردستان

وغيره ، وجاء في الفتاوى أيضاً . إذا وعد رجل رجلا آخر على قتل معصوم بمال معين فقتله وجب القتل على الموعود . وأما الواعد فيجب أن يعاقب عقوبة تردعه وأمثاله عن مثل هذا ، وعند بعضهم يجب عليه القود

ثانياً — إمساك القتيل للقاتل .

إذا أمسك رجل رجلا آخر فجاء ثالث فقتله فلا مسؤولية على الممسك ، إذا لم يمسكه بقصد القتل أو لم يكن يعلم أن القاتل سيقتله ، أما إذا أمسكه بقصد القتل فقتله الثالث فلا خلاف في القصاص من الثالث أي مباشر القتل ، ولكنهم اختلفوا في الممسك على الوجه الذي سنبينه بعد

فمالك[1] يرى قتل الممسك قصاصاً إذا أمسك القتيل لأجل القتل فقتله الطالب وهو يعلم أن الطالب سيقتله ، لأنه بإمساكه تسبب في قتله ، ويشترط البعض أن يكون لولا الإمساك ما أدركه الطالب ، ولا يشترط البعض هذا الشرط[2] فإن أمسكه ليضربه الطالب ضرباً معتاداً أو لم يعلم أنه يقصد قتله لعدم رؤيته آلة القتل معه مثلا ، أو كان قتله لا يتوقف على الإمساك ، فعقاب الممسك هو التعزير وليس القصاص .

ويلحق مالك بالممسك الدال على القتيل إذا ثبت أنه لولا دلالته ما قتل المدلول عليه[3]

ويرى أبو حنيفة[4] والشافعي[5] تعزير الممسك ولو أمسك المجني عليه بقصد القتل وهو عالم بأنه سيقتل ، لأنه فعل الطالب مباشرة وفعل الممسك تسبب ، وقد تغلبت المباشرة على السبب وقطعت أثره ، كما أن السبب غير ملجيء

وفي مذهب أحمد[6] — رأيان: أولهما يرى القصاص من الممسك ، لأنه لو لم

(١) الشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٧

(٢) القصاص ص ١٣٢ (٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧

(٤) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٥ (٥) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٤

(٦) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٥ وما بعدها .

يمسك القتيل ماقدر الطالب على قتله ، فالقتل حاصل بفعلهما معاً فهما شريكان فيه وعليهما القصاص ، وإذا كان فعل الطالب مباشرة وفعل الممسك تسبباً فإنهما قد تعادلا واشتركا فى إحداث الموت وهذا الرأى يتفق مع مذهب مالك وهو الرأى المرجوح فى مذهب أحمد

أما الرأى الثانى فيرى أصحابه حبس للممسك حتى الموت ، لما روى عن ابن عمر عن النبى عليه السلام قال . « إذا مسك الرجل الرجل وقتله الآخر يقتل الذى قتل ويحبس الذى أمسك لأنه حبسه إلى الموت » ولأن علياً رضى الله عنه قضى بقتل القاتل وحبس الممسك حتى يموت

ويرى البعض أن مدة الحبس متروك تقديرها لولى الأمر ، لأن الحبس نوع من التعزير وليس حداً[1]

وإذا اعتبرنا الحبس تعزيراً لا حداً فإن الرأى الثانى فى مذهب أحمد يتفق مع مذهب أبى حنيفة والشافعى ويفسر الفقهاء الإمساك بمعناه الأعم ، فلا يقصرونه على الإمساك باليد فيدخل تحته منع القتيل من مبارحة مكانه بأى وسيلة كانت حتى يتمكن منه القاتل أو حبس القتيل فى مكان لا يستطيع الخروج منه ، فإذا اتبع رجل آخر ليقتله فهرب منه فقابله ثالث فقطع رجله ثم أدركه الطالب فقتله ، فإن كان الثالث قطع رجله ليحبسه عن الهرب حتى يلحق به الطالب فحكمه حكم الممسك فيما يتعلق بالقتل لأنه حبسه بفعله على القتل ، ثم هو مسؤول بعد ذلك عن القطع عمداً[2]

ثالثاً — الأمر بالقتل يفرق الفقهاء بين الأمر بالقتل والإكراه على القتل ، ففى الأمر بالقتل لا يكون المأمور مكرهاً على إتيان الجريمة فيأتيها مختاراً وإذا كان قد أمر بإتيانها فإن الأمر ليس له أثر على اختياره وقد يكون الآمر ذا سلطان على المأمور كالأب يأمر ولده الصغير ، والحاكم يأمر من هو

(١) أحكام المرأة ص ٥٨٣ ، مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة
(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٤

تحت إمرته ، وقد لا يكون له سلطان عليه ، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون الأمر مجرد تحريض على إتيان الجريمة . ولكل حالة من هذه الحالات حكمها

فإذا كان المأمور غير مميز كصبي أو مجنون ، فيرى مالك والشافعي وأحمد القصاص من الآمر لأنه هو المتسبب في القتل وإن كان المأمور هو الذي باشره فما هو إلا آلة للآمر يحركها كيف شاء[1] ، ولا يرى أبو حنيفة القصاص من الآمر لأنه تسبب في القتل ولم يباشره ، والتسبب عند أبي حنيفة لا قصاص فيه .

وإذا كان المأمور بالغاً عاقلا ولا سلطان للآمر عليه ، فيرى مالك والشافعي وأحمد القصاص من المأمور ، أما الآمر فعليه التعزير ، ويرى مالك القصاص من الآمر أيضاً إذا حضر القتل ، وهذا يتفق مع رأيه في التمالؤ ، فإذا لم يحضره فعليه التعزير ، وينبغي أن يلحق بحضور القتل الإعانة عليه ، لأن المعين عند مالك يقتص منه[2]

وإذا كان المأمور بالغاً عاقلا ، وكان للآمر سلطان عليه ، بحيث يخشى أن يقتله لو لم يطع الأمر فيقتص من الآمر ، والمأمور معاً عند مالك ، لأن الأمر في هذه الحالة يعتبر إكراهاً ، فإن لم يكن المأمور يخشى القتل إذا لم يطع الأمر فالقصاص على المأمور وحده ويعزر الآمر إذا كان المأمور يعلم أن القتل بغير حق ، فإن كان يعتقد أن القتل بحق ، فالقصاص على الآمر دون المأمور لأنه معذور في طاعة الأمر ، هذا إذا كان الأمر من حق الآمر كوال أو سلطان فإن لم يكن من حقه ، فالقصاص على المأمور ، لأن الطاعة لا تلزمه ، ولأن الآمر ليس له الأمر بالقتل . بخلاف السلطان فله الأمر بالقتل وطاعته واجبة في غير معصية[3]

ويتفق رأي أحمد فيما سبق مع رأي مالك تمام الاتفاق[4] ويتفق رأي الشافعي معهما كذلك إلا أنه في المذهب رأيان في المأمور في حالة اعتبار الأمر

(١) الشرح الكبير للدردير حـ ٩ ص ٣٤٢ المهذب حـ ٢ ص ١٨٩ الشرح الكبير للدردير حـ ٤ ص ٢١٨
(٢) نفس المراجع السابقة
(٣) الشرح الكبير للدردير والمدونة حـ ١٦ ص ٤٣ ، ٤٤
(٤) الشرح الكبير حـ ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣

إكراها أحدهما يرى أصحابه القصاص من الآمر دون المأمور والثانى وهو الأصح يرى أصحابه القصاص منهما معاً[1]

وعند أبى حنيفة يقتص من الآمر فى حالة الإكراه فقط لأن المأمور كان معه كالآلة يحركها كيف يشاء فكأنه باشر القتل بنفسه فإذا لم يكن الأمر إكراها فلا قصاص على الآمر لأنه لم يباشر القتل بنفسه أما المأمور فيقتص منه إذا لم يكن مكرها وكان الأمر صادرا له ممن لا حق فيه فإن كان صادرا ممن يملكه فلا قصاص ولو كان المأمور يعلم أن الأمر غير محق لأن الأمر يكون شبهة تدرأ القصاص[2]

رابعا . الإكراه على القتل . تكلمنا عن الإكراه فى الجزء الأول من هذا الكتاب ولا نرى ما يدعو لتكرار القول ولكنا ملخص آراء الفقهاء فى نوع عقوبة كل من الحامل أى المكره وذلك ما نحن فى حاجة إليه فى هذا المقام

مذهب مالك وأحمد والرأى الصحيح فى مذهب الشافعى على أن القصاص واجب على المكره والمكره معاً لأن الحامل أى المكره تسبب فى القتل بما يفضى إليه غالبا ولأن المباشر أى المكره قتل المجنى عليه ظلماً لاستبقاء نفسه فأشبه ما إذا اضطر للأكل فقتله ليأكله والقول بأنه ملجأ غير صحيح لأنه يستطيع أن يمتنع عن القتل ولكنه لم يفعل إبقاء على نفسه[3]

وعند أبى حنيفة ومحمد أن القصاص يجب على الحامل دون المباشر لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، وعفو الشىء عفو عن موجبه فظاهر الحديث يدل على أن الفعل المستكره عليه معفو عنه بالنسبة لمباشره ولأن الحامل هو القاتل معنى وإن كان المباشر هو الذى قتل صورة إذ المباشر كان آلة للحامل يحركه كما يشاء[4] وهذا الرأى يتفق مع الرأى الضعيف

(١) المهذب جـ ٢ ص ١٨٩
(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٣٦ ، راجع مع ذلك القصاص ص ١٣٣ ، ١٣٤ وأحكام المرأة ص ٥٨٢
(٣) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٦ - المغنى جـ ٩ ص ٣٣١ المهذب جـ ٢ ص ١٨٩
(٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٨٠

فى مذهب الشافعى

ويرى زفر أن القصاص على المباشر فقط لأنه هو القاتل حقيقة حساً ومشاهدة[1]

ويرى أبو يوسف أن لا قصاص على الحامل ولا على المباشر لأن المكره مسبب القتل ولا قصاص على متسبب وإذا لم يجب القصاص على الحامل فأولى أن لا يجب على المباشر[2].

التفرقة بين الفاعل والشريك: ويخلص مما سبق أن الفقهاء يفرقون بين المباشر للجريمة ومن اتفق أو أعان أو حرض عليها فالمباشر هو من ارتكب الجريمة وحده أو مع غيره أو أتى عملا من الأعمال المكونة للجريمة ومن المتفق عليه أن عقوبة المباشر هى القصاص أما من اتفق أو أعان أو حرض أى من اشترك فى الجريمة فحكمهم ليس واحداً فمن اتفق أو حرض فجزاؤه التعزير عند الأئمة عدا مالكا أما من أعان فجزاؤه القصاص عند مالك والتعزير عند باقى الأئمة

والقانون المصرى يفرق بين عقوبة المشاركين فى القتل وعقوبة الفاعلين الأصليين إذ تنص المادة (٢٣٥) عقوبات على أن المشاركين فى القتل الذى يستوجب الحكم على فاعله بالإعدام يعاقبون بالإعدام أو بالأشغال الشاقة المؤبدة أى أن القانون المصرى يخالف بين عقوبة الفاعل والشريك ولا يسوى بينهما وهذه هى وجهة نظر الفقهاء فكأن نص القانون فى هذه المسألة تطبيق لنظرية فقهاء الشريعة وإذا كان القانون قد أجاز الحكم بالإعدام فإن عقوبات التعزير من ضمنها عقوبة الإعدام

١٥٧ - هل يؤثر إعفاء أحد الفاعلين من القصاص على عقوبة الباقين ؟

علمنا مما سبق أن تعدد القاتلين لا يمنع من الحكم عليهم بعقوبة القصاص جزاء على جريمة القتل العمد ولكن يحدث أن يكون بين الفاعلين من لا يمكن نسبة القتل العمد إليه كمن يحدث بالمجنى عليه إصابة قاتلة خطأ أدت مع إصابات المتعمدين

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٩
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٩

إلى الوفاة لذلك يحدث أن يكون بين الفاعلين من لا يمكن أن يعاقب بالقصاص طبقاً للقواعد كالصغير والمجنون فهل يؤثر إعفاء الخاطىء والصغير والمجنون من عقوبة القصاص على مركز بقية الفاعلين فلا يقتص منهم أيضاً ؟ ذلك ما سنفصله فيما يأتى

إن إعفاء أحد الفاعلين أو بعضهم من القصاص يرجع إلى حالتين لا ثالث لهما الأولى : أن تكون الإعفاء راجعاً إلى صفة الفعل الثانية : أن يكون الإعفاء راجعاً إلى صفة الفاعل

الحالة الأولى امتناع القصاص لصفة فى الفعل : يمتنع القصاص عن الفاعل إذا لم يكن فعله موجباً للقصاص كأن كان فعله قتلا خطأ أو قتلا شبه عمد فإذا كان فعله هكذا قلنا إن القصاص امتنع عنه لصفة فى فعله أو لعدم إيجاب الفعل للقصاص

وقد انقسم الفقهاء إزاء هذه الحالة قسمين ، الأول يرى أن امتناع القصاص عن أحد الفاعلين لأن فعله لا يوجبه يستلزم منع القصاص عن بقية الفاعلين ولو كان فعلهم موجباً للقصاص كالعامد مع المخطىء فإن المخطىء لا يقتص منه أصلا لأن فعله لا يوجب القصاص والعامد يقتص منه لأن فعله يوجب القصاص ولكنهما إذا اشتركا معاً فى قتل امتنع القصاص عن العامد بامتناعه عن المخطىء لأنه من المحتمل أن يكون فعل المخطىء هو الذى أدى للقتل كما يحتمل أن يكون فعل العامد هو الذى أدى للقتل وقيام هذا الاحتمال شبهة توجب درء الحد عن العامد تطبيقاً لقاعدة ادرؤوا الحدود بالشبهات وهذا الرأى هو مذهب أبى حنيفة والشافعى والرأى الراجح فى مذهبى مالك وأحمد(١)

والثانى يرى أن إعفاء أحد الفاعلين من عقوبة القصاص لأن فعله لا يوجبها، لا يؤثر شيئا على عقوبة القصاص التى يستحقها باقى الجناة بأفعالهم ومادام أنهم

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٣٥ ـ نهاية المحتاج جـ٧ ص٢٦٢ ـ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٢ والشرح الكبير للدردير جـ٤ ص ٢١٨ ، ٢١٩ ـ المغنى ص٣٧٩ وما بعدها

تشاركوا فى القتل عادين متعمدين فعليهم عقوبة القصاص لأن كل إنسان يؤاخذ بفعله ولا أثر لفعل غيره عليه وهذا هو الرأى المرجوح فى مذهب مالك وأحمد .

وقد اتفق الفريق الأول فى تطبيق القاعدة التى أقرها على العامد مع المخطىء فأجمع على عدم القصاص من شريك المخطىء ولو كان عامداً ولـكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك وأساس اختلافهم هو تطبيق القاعدة لا غير ، فمنهم من رأى تطبيقها فى كل حالة لا يعاقب فيها أحد الشركاء ، وهؤلاء هم الحنفية أو بعض فقهاء المذاهب الأخرى ومنهم من رأى تطبيقها فقط إذا كان فعل المعفى غير متعمد فإن كان متعمداً فلا تنطبق القاعدة

ومن المسائل التى اختلفوا عليها شريك نفسه وشريك السبع فأبو حنيفة يرى أن لا قصاص على الشريك لأنه شارك من لا يجب عليه القصاص فلا يلزمه القصاص كشريك الخاطىء ، ويرى هذا الرأى أيضا بعض فقهاء المذاهب الثلاثة ـ أما البعض الآخر فيرى القصاص على الشريك لأنه شارك فى قتله عمد

الحالة الثانية امتناع القصاص لصفة فى الفاعل : تختلف هذه الحـالة عن الحالة الأولى فى أن القصاص هنا يمتنع عن أحد القاتلين لصفة فيه لا لصفة فى الفعل وهذه الصفة المتوفرة فى الفاعل يترتب عليها شرعا أن لا يعاقب بالقصاص ومثال ذلك اشتراك الأب فى قتل ولده مع أجنبى فإن الأب لا يقتص منـه لقتل ولده لصفة الأبوة القائمة فيه ومثاله أيضا أن يقطع شخص يد آخر قصاصا أو دفاعا عن نفسه فيجىء ثالث ويجرح المقطوع جرحا يؤدى مع القطع إلى موته فإن المقتص أو الدافع لا قصاص عليهما لصفة القصاص والدفاع المتوفرة فيهما والتى يترتب عليها شرعا امتناع القصاص منهما

وقد اختلف الفقهاء فى حكم هذه الحالة أيضا فأبو حنيفة يرى أن امتناع القصاص فى حق أحد الشركاء يترتب عليه منع القصاص فى حق الآخرين لاحتمال أن يكون القتل من فعل المعفى من القصاص وهذا الاحتمال شبهة تدرأ الحد عن

يجب عليهم القصاص ولأحمد رواية مرجوحة فى المذهب تتفق مع هذا الرأى ومن هذا الرأى أيضاً بعض فقهاء مذهب مالك[1]

ويرى الشافعى وفريق من فقهاء مذهب مالك ومذهب أحمد[2] أن إعفاء أحد الشركاء من القصاص لايمنع القصاص عن الآخرين لأن القصاص امتنع عن الشريك لمعنى يخصه ولا يتوفر فى باقى الشركاء فلا يتعدى إليهم مادام أنه غير قائم فيهم ولكن أصحاب هذا الرأى اختلفوا فى الصبى والمجنون فبعضهم يرى أن شريك الصبى والمجنون لايقتص منه والقائلون بهذا ينظرون إلى فعل الصبى والمجنون ويقولون إن من المتفق عليه بين أغلب الفقهاء أن عمد الصبى والمجنون خطأ فإذا كان فعلهما يوصف بأنه خطأ ولا قصاص فى الخطأ فشريكهما يأخذ حكم العامد مع المخطىء ولا يقتص منه فهذا الفريق يغلب صفة الفعل على صفة الفاعل ـ والفريق الثانى يأخذ برأى الشافعى وهو أن عمد الصبى والمجنون عمد ويرى أن الإعفاء من القصاص أساسه صفة الفاعل وإذن فلا يستفيد من الشريك ، والفريق الثالث يرى أن العبرة بفعل الشريك فما دام أنه تعمد الفعل فقد وجبت عليه عقوبة العامد دون النظر إلى فعل شريكه أو صفته[3] .

١٥٨ — رابعاً القتل بالتسبب يرى أبو حنيفة دون غيره من الأئمة أن القتل بالتسبب لا يوجب الحكم بالقصاص لأن القصاص قتل بطريق المباشرة فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتل بطريق المباشرة مادام أن أساس عقوبة القصاص المماثلة فى الفعل[4] ويوجب الدية بدلا من القصاص ولكن الأئمة الثلاثة لايرون فرقا بين القتل بالتسبب والقتل المباشر فكلاهما قتل يعاقب عليه بالقصاص ورأيهم يتفق مع القانون المصرى وغيره من القوانين الوضعية

(١) البحر الرائق جـ ٢ ص ١ ٣ ـ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٢ ـ الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٨، ٢١٩

(٢) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٦٢ وما بعدها ـ المغنى جـ ٩ ص ٣٧٣ وما بعدها المهذب جـ ٢ ص ٢٩٧

(٣) المغنى جـ ٩ ص ٣٧٩ وما بعدها (٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٣٩

١٥٩ — خامساً . أن يكون الولي مجهولا — إذا كان ولي القتيل مجهولا لا يجب الحكم بالقصاص في رأي أبي حنيفة لأن وجوب القصاص وجوب للاستيفاء والاستيفاء من المجهول متعذر فتعذر الإيجاب له[1] ويخالف في ذلك باقي الأئمة

١٦٠ — سادساً : أن لا يكون القتل في دار الحرب — يرى أبو حنيفة أن لا قصاص من القاتل إذا كان القتل في دار الحرب وهو يفرق بين حالتين ، حالة ما إذا كان القتيل من أهل دار الحرب ثم أسلم ولم يهاجر إلى دار الإسلام وحالة ما إذا كان القتيل من دار الإسلام ولكنه دخل دار الحرب بإذن كالتاجر أو مضطراً كالأسير ففي الحالة الأولى لا عقاب على القاتل وفي الحالة الثانية عليه الدية في حالة التاجر ولا تجب عليه في حالة الأسير ويخالفه في هذا محمد وأبو يوسف وأساس التفرقة بين الحالين أن العصمة في الحالة الأولى محل شبهة لأن القتيل وإن كان مسلماً فهو من أهل دار الحرب لقوله تعالى ﴿ فإن كان من قوم عدوّ لكم وهو مؤمن ﴾ فكونه من أهل دار الحرب أورث شبهة في عصمته ولأنه إذا لم يهاجر إلينا مكثر سواد الكفار ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله وهو وإن لم يكن منهم ديناً فهو منهم داراً والخلاصة أن إسلامه لا يعصمه لأن العصمة عند أبي حنيفة لا تكون بالإسلام فقط وإنما بالإسلام وبمنعة الدار، أما الحالة الثانية فليس فيها قصاص لأن الجريمة وقعت في مكان لا ولاية للمسلمين عليه والحدود يشترط للحكم بها عند أبي حنيفة القدرة على الاستيفاء وقت وقوع الجريمة[2]

أما مالك والشافعي وأحمد فيرون القصاص من القاتل سواء كان القتيل في دار الإسلام أو في دار الحرب وسواء هاجر المقتول من دار الحرب أو لم يهاجر مادام القاتل قد قتل وهو يعلم بإسلام القتيل لأنه قتل معصوماً بالإسلام عالماً[3]

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٤٠
(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٣ ، ٢٣٧
(٣) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٨٢ ، ٣٨٣

١٦١ — مدى لزوم القصاص . وعقوبة القصاص لازمة إلا إذا رأى ولى القتيل العفو فإن عفا فلا قصاص ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن لولى القتيل أن يقتص من القاتل أو يعفو عنه إما على الدية أو مجانا ولكنهم اختلفوا فى حالة ما إذا عفا الولى عن القصاص على أن يأخذ الدية فرأى مالك وأبو حنيفة أن عفو الولى لا يلزم الجانى بالدية إلا إذا قبل أن يدفعها فى مقابل العفو عنه ورأى الشافعى وأحمد أن عفو الولى عن القصاص إلى الدية ملزم للجانى ولو كان العفو غير رضاه وأساس الاختلاف أن مالكا وأبا حنيفة يريان أن القصاص واجب عينا بينما الشافعى وأحمد يريان أن القصاص ليس واجباً عيناً وأن الواجب هو أحد الشيئين غير عين، إما القصاص وإما الدية، وللولى خيار التعيين إن شاء استوفى القصاص وإن شاء أخذ الدية من غير توقف على رضاء القاتل وعلى اعتبار التعزير بدلا من الدية

ويترتب على اعتبار الدية والتعزير بدلا من القصاص نتيجتان أولاهما. أنه لا يجوز للقاضى أن يجمع بين عقوبة وبدلها جزاء عن فعل واحد سواء كانت العقوبة للبدل منها عقوبة أصلية أو بدلا من عقوبة أصلية لأن الجمع بين البدل والمبدل يتنافى مع طبيعة الاستبدال ولكن يجوز الجمع بين عقوبتين بدليتين كما يجوز الجمع بين عقوبتين أصليتين فمن ارتكب جريمة قتل لا يجوز الحكم عليه بالقصاص والدية أو القصاص والتعزير لأن الدية والتعزير كلاهما بدل من القصاص فلا يحكم بهما إلا إذا امتنع الحكم به فإذا امتنع الحكم بالقصاص جاز الحكم بالدية والتعزير مجتمعين أو منفردين لأن كلاهما بدل من القصاص كما يجوز الجمع بين القصاص وبين الكفارة وكلاهما عقوبة أصلية

ويجوز الجمع بين العقوبة البدلية والعقوبة الأصلية مع بقاء القاعدة سليمة وذلك إذا تعددت الأفعال ولم تكن العقوبة البدلية المحكوم بها بدلا عن عقوبة أصلية محكوم بها كمن قتل ثلاثة أشخاص فحكم عليه بالقصاص لقتل أحدهم وبالدية لقتل الثانى لوجود مانع عن الحكم بالقصاص كأن كان القتيل ولد القاتل وبالتعزير لقتل الثالث لامتناع الحكم بالقصاص والدية كأن عفا ولى القتيل عن القاتل عفواً

مطلقاً في هذه الحالة اجتمع القصاص مع الدية والتعزير والأول عقوبة أصلية وكل من الثاني والثالث عقوبة بدلية وقد جاز الجمع لأن العقوبات المحكوم بها ليس فيها عقوبة بدلا من أخرى وإنما العقوبة البدلية تمثل عقوبة لم يحكم بها .

١٦٢ - تعدد القتلى : وتظهر أهميـة التفرقة بين هـذين الرأيين المختلفين في حالة تعدد المجني عليهم إذا كان القاتل واحداً فمالك وأبو حنيفة يريان أن الواحد إذا قتل جماعة قتل بهم قصاصاً ولا يجب مع القتل شيء من المال ، سواء كان الجاني قتلهم مرة واحدة أو قتلهم على التعاقب ، وسواء كان الأولياء قد طلبوا كلهم قتله أو طلب بعضهم قتله وطلب بعضهم الدية ، وإن بادر أحد الأولياء فقتل الجاني قبل إبداء الآخرين رأيهم فقد سقط حق الباقين في القصاص ولا دية لهم ، وهذا تطبيق دقيق للقول بأن القصاص يجب عيناً ، لأن حق الجميع تعلق بالقصاص ، فإذا قتل الجاني فقد استوفوا حقهم كاملا ، وليس لأحدهم أن يطالب بالدية ، لأن تنازله عن القصاص لاقيمة له ، مادام أحد الاولياء يريد القصاص ، وإنما تجب الدية بدلا من القصاص إذا امتنع القصاص وهنا لايمكن امتناعه مادام أحد الأولياء يطلبه ، لأن محل القصاص واحد بالنسبة للجميع[1] .

ويرى الشافعي[2] أن حقوق الأولياء لاتتداخل ، فإن قتل الجاني واحداً بعد واحد اقتص منه للأول لأن له مزية بالسبق ، وإن سقط حق الأول بالعفو اقتص للثاني ، وإن سقط حق الثاني اقتص للثالث وهكذا ، وإذا اقتص من الجاني لواحد بعينه ، تعين حق الباقين في الدية ، لأن القصاص فاتهم بغير رضاهم فانتقل حقهم إلى الدية كما لو مات القاتل ، وإن قتلهم دفعةواحـدة أو أشكل الحال ، أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة ، اقتص له لأنه لامزية لبعضهم على بعض فقدم بالقرعة ، وإن عفا عمن خرجت له القرعة أعيدت القرعة للباقين لتساويهم

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٣٩ ، ومواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٨

(٢) المهذب جـ ٢ ص ١٩٥

وإن ثبت القصاص لواحد منهم بالسبق أو القرعة فبادر غيره واقتص صار مستوفياً لحقه ، وإن أساء في التقدم على من هو أحق منه .

واختلف فقهاء مذهب الشافعي في المحارب الذي قتل جماعة في المحاربة ، فرأى البعض أن الحكم هو ما سبق . كما لو قتلهم في غير المحاربة ، ورأى البعض أنه يقتل بالجميع ، لأن القتيل في المحاربة حق الله تعالى ولا يسقط بالعفو فتتداخل العقوبات ، بعكس ما إذا كانت حقاً لآدميين فإنها لا تتداخل

ويتفق مذهب أحمد مع مذهب الشافعي ولا يختلف معه إلا في أنه يجيز للأولياء ، أن يتفقوا على قتل القاتل ، فإذا اتفق اثنان أو أكثر على قتله قتل وليس لهم غير ذلك ، وإن أراد البعض القود والبعض الدية ، قتل لمن أراد القود ، وأعطى الباقون الدية ، وحجته في ذلك ، أن محل القصاص وهو القاتل تعلقت به حقوق لا يتسع لها معاً ، فإذا اكتفى المستحقون بمحل القصاص فيكتفى به ، فأساس فكرته أنه ما دام المستحقون قد اكتفوا بالقصاص ، فقد تنازلوا عما عداه[١] .

وإن قطع يد رجل ثم قتل آخر فسرى القطع إلى النفس ـ أى نفس المقطوع اليد ـ فمات فهو قاتل لهما ، ويقتص منه أولا عن قتله ، لأن وجوب القتل عليه أسبق ، إذ القطع لم يصح قتلاً إلا بالسراية وهى متأخرة عن قتل الآخر ، لكن لما كان استيفاء القطع ممكناً وكان فى القتل تفويت القصاص من القطع ، فيستوفى القطع قبل القتل ، ولولى المقطوع نصف الدية عند الشافعى وأحمد ، ولا شىء له عند مالك وأبى حنيفة ، وإذا لم يسر القطع ـ أى قطع اليد ـ إلى النفس فيقتص للقطع أولاً ، سواء تقدم القطع القتل أو تأخر عنه ، وهذا متفق عليه من أحمد وأبى حنيفة والشافعى ، ويرى مالك أن يقتل فى كل الأحوال ولا يقطع ، لأنه بالقتل يتلف الطرف فيسقط القصاص بتلف محله[٢] وكذلك الحكم لو تأخر القطع عن القتل

(١) المغنى جـ ٩ ص ٤٠٥ ـ ص ٤٠٨

(٢) المغنى جـ ٩ ص ٤٠٨ ، شرح الدردير ص ٢٣٦ مهذب جـ ٢ ص ١٩٥ بدائع الصنائع ص ٣٠٣

وأساس الاختلاف فى هذا كله هو اختلافهم فى العقوبة الواجبة بالقتل العمد فأبو حنيفة ومالك يريان كما قلنا من قبل أن الواجب هو القصاص عينا وأن عفو ولى القتيل لا يلزم الجانى بالدية إلا إذا رضى الجانى بذلك ، والشافعى وأحمد يريان أن الواجب بالقتل العمد أحد شيئين القصاص أو الدية ، ولولى القتيل أن يختار أى العقوبتين شاء دون حاجة لموافقة الجانى

استيفاء القصاص فى القتل

١٦٣ – مستحق القصاص : عند مالك العاصب الذكر ، فلا دخل فيه لزوج ولا لأخ لأم ، ولا لجد لأم ، ويقدم الابن فابن الابن ، ثم يليهم الأقرب فالأقرب من العصبة والجد والأخوة ، سواء فى ولاية القصاص ، ويعتبر كلاهما فى مرتبة الآخر وأبناء الاخوة أقل مرتبة من الجد ، لأنه عمرلة أبيهم ، والمراد بالجد ، الجد القريب فهو الذى يتساوى مع الأخوة فى الدرجة ، أما الجد العالى فلا شأن له مع الأخوة كما أن بنى الأخوة لا شأن لهم مع الجد القريب[1] ويستحق القصاص عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد الورثة الذين يرثون مال القتيل رجالا ونساء ولا يشترط لاستحقاقهم القصاص ، أن يرثوا شيئاً فعلا ، فمن قتل وعليه دين محيط بتركته أو لم يترك شيئاً ، فالقصاص لوارثيه الذين كان يحتمل أن يرثوه لو ترك شيئاً[2]

وعند مالك ترث المرأة القصاص إذا توفرت فيها شروط ثلاثة أولا – أن تكون وارثة كبنت أو أخت ثانياً – أن لا يساويها عاصب فى الدرجة بأن لم يوجد أصلا ، أو وجد أنزل منها درجة كالعم مع البنت أو الأخت ، وعلى هذا تخرج البنت مع الابن ، والأخت مع الأخ ، فلا كلام لواحدة

(١) الشرح الكبير للدردير ص ٢٢٧

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٢ – المهذب ج ٢ ص ١٩٦ ، الإقناع ج ٤ ص ١٨٢ وفى مذهب الشافعى رأيان آخران أحدهما أن القصاص للعصبة ، والثانى لمن ورث بالنسب لا بالسبب – راجع نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤

منهما معه فى عفو ولاقود ، بخلاف الأخت الشقيقة مع الأخ الأب ، فلها الكلام معه ، لأنه وإن ساواها فى الدرجة أنزل منها فى القوة ، ثالثا . إن تكون بحيث لو كان فى درجتها رجل ورث بالتعصيب ، وعلى هذا تخرج الأخت للأم والزوجة والجدة للأم[1]

١٦٤ - هل يملك الوارث حق القصاص على سبيل الشركة أم على سبيل الكمال ؟

إذا كان الوارث واحد فهو يملك القصاص على سبيل الكمال إذ لاشريك له فيه أما إذا تعدد الورثة فهناك نظريتان -

النظرية الأولى ويقول بها مالك وأبو حنيفة وهى قول لأحمد ، وتقوم على أن القصاص حق كل وارث على سبيل الكمال لا على سبيل الشركة وحجتهم أن المقصود من القصاص فى القتل هو التشفى وأن الميت لايتشفى ولكن الورثة هم الذين يتشفون ، فهو حقهم ابتداء ، أى أن القتيل لايثبت له حق القصاص ، وأن القتيل لايثبت له هذا الحق مادام حيا ولكنه يثبت بوفاته ، فإذا ثبت لم يكن القتيل أهلا لتملك الحقوق ، فيثبت الحق للورثة ابتداء ، ويثبت لكل وارث على سبيل الكمال ، كأن ليس معه غيره ، لأنه حق لايتجزأ ، والشركة فيما لايتجزأ محال ، إذ الشركة المعقولة هى أن يكون البعض لهذا والبعض لذاك كشريك الأرض والدار ، ولكن ذلك محال فيما لاينقسم ، والأصل أن ما لا يتجزأ ، من الحقوق إذا ثبت لجماعة وقد وجد سبب ثبوته فى حق كل واحد منهم يثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال كأن ليس معه غيره كولاية النكاح[2]

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٢٩

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٢٧ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٢ ، المغنى ج ٩ ص ٤٥٩

النظرية الثانية : ويقول بها الشافعى وأحمد وأبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى ، وتقوم على أن القصاص حق كل وارث على سبيل الشركة وحجتهم أن القصاص يجب بالجناية ، وأنها وقعت على المقتول . فكان مايجب بها حقاً له إلا أنه بالموت عجز عن استيفاء حقه بنفسه ، فيقوم الورثة مقامه بطريق الإرث عنه ويكون القصاص مشتركا بينهم(١)

وأهمية الخلاف تظهر إذا ورث القصاص كبير أو صغير فطبقا للنظرية الأولى ، يكون للكبير حق الاستيفاء دون حاجة لانتظار بلوغ الصغير ، لأن القصاص حق كل وارث على سبيل الاستقلال فلا معنى لتوقف الاستيفاء على بلوغ الصغير ، وطبقاً للنظرية الثانية ليس للكبير أن ينفرد بالقصاص وعليه أن ينتظر بلوغ الصغير لأن حق القصاص مشترك بينهما وليس لأحد الشريكين أن ينفرد بالتصرف فى حق مشترك دون رضاء شريكه .

١٦٥ - وإذا لم يكن للقتيل ولى فمن المتفق عليه أن السلطان يتولى القصاص ، لأن السلطان ولى من لا ولى له ولكن أبا يوسف يرى أن السلطان ليس له أن يقتص إذا كان المقتول من أهل دار الإسلام ، وله أن يأخذ الدية ، وحجته فى ذلك : أن المقتول من أهل دار الإسلام لايخلو عن ولى عادة ، إلا أنه لايعرف ، ولا ولاية للسلطان إلا إذا انعدم الولى الوارث بخلاف الحربى إذا دخل دار الإسلام فأسلم ، لأن الظاهر أن لا ولى له فى دار الإسلام(٢)

١٦٦ - من يلى الاستيفاء : يختلف الحكم فى هذه المسألة بحسب ما إذا كان مستحق القصاص واحداً أو أكثر

(١) المهذب جـ ٢ ص ١٩٦ والمغنى جـ ٩ ص ٤٥٨ وما بعدها
(٢) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢٢٨ ، جـ ٩ ص ٣٩٤ وبدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٥ ، المهذب ج ٢ ص ١٩٦

١٦٧ - فإذا استحق القصاص واحد وكان كبيراً فله أن يستوفيه إن شاء لقوله تعالى : ﴿ ومَن قُتل مَظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرفْ في القتل ﴾ ولوجود سبب الولاية في حقه على الكمال ، وهو وراثة القصاص دون مزاحم

أما إذا كان مستحق القصاص صغيراً أو مجنوناً فيرى الشافعي[1] وأحمد[2] انتظار بلوغ الصبي وإفاقة المجنون إلا أنه إذا كانت إفاقة المجنون ميؤوساً منها قام وليه مقامه[3] لأن القود للتشفي ، ولا يحصل باستيفائه بمعرفة ولي الصبي أو المجنون ولا بمعرفة الحاكم وفي مذهب أبي حنيفة[4] رأيان . أحدهما . يرى أصحابه مايراه الشافعي وأحمد وثانيهما يرى أصحابه أن يقوم القاضي أو الحاكم باستيفاء دون حاجة لانتظار بلوغ الصبي أو إفاقة المجنون ، ويرى مالك[5] أن لولي الصغير والمجنون ووصيهما الاستيفاء نيابة عنهما فلا حاجة لانتظار البلوغ أو الإفاقة

ويرى أبو حنيفة أن الأب والجد يستوفيان القصاص الواجب للصغير دون الوصي ، لأن ولايتهما ولاية نظر ومصلحة .

أما أبو يوسف فيرى الانتظار ومالك يرى الاستيفاء للوصي والوالي .

سلطة ولي الصغير والمجنون . ومن يعطي الولي حق الاستيفاء عن الصغير والمجنون يعطيه حق الصلح أو العفو عن القصاص على مال بشرط أن لايقل عن الدية ، وأن يكون أصلح من القصاص للصغير ، أو على الأقل تتساوى مصلحة القصاص بمصلحة العفو ، فإن صالح أو عفا على أقل من الدية كان للصغير بعد بلوغه الرجوع على القاتل بما نقص من الدية - مالم يكن القاتل معسراً وقت الصلح - كما يرى مالك وليس للولي أن يتنازل عن القصاص مجانا ، فإن فعل فتنازله باطل[6]

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٥
(٢) الاقناع ج ٤ ص ١٨١ (٣) كما ورد ذلك في الجزء السابع من نهاية المحتاج للشبراملسي (٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٣ (٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٢
(٦) الشرح الكبير للدردير ص ٢٣٠ - مواهب الجليل ص ٢٥٢ - البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٩ ، ٣

ومن لا يعطى الولى حق الاستيفاء يعطى ولى المجنون حق العفو عن القصاص إلى الدية بشرط أن يكون المجنون محتاجاً إلى النفقة فإن لم يكن محتاجاً فالعفو باطل كما لو عفا على غير مال ، أما الصبى فقد اختلفوا فى شأنه فأجاز بعضهم أن يكون للولى حق العفو عن القصاص إلى الدية إذا كان محتاجاً إلى النفقة ولم يجز البعض الآخر ذلك للولى وأساس التفرقة بين الصبى والمجنون أن بلوغ الصبى ينتظر بعد وقت معين ولكن إفاقة المجنون ليس لها وقت ينتظر[1] وأبو حنيفة لا يعطى ولى الصغير والمعتوه حق العفو لأن العفو لا يكون إلا من صاحب الحق والحق للصغير والمعتوه وليس لها ، وإنما لها ولاية استيفاء حق وجب للصغير وولايتهما مقيدة بالنظر للصغير والعفو ضرر محض لأنه إسقاط حق أصلاً ورأساً فلا يملكانه وإنما لها حق الصلح على مال وأبو حنيفة متأثر فى هذا بنظريته التى تقضى بأن حق الولى فى القصاص عيناً وأن العفو للدية يقتضى رضاء الجانى ويظهر أن أبا حنيفة يرى أن العفو لا يكون عفواً مادام متوقفاً على رضاء الجانى وإنما يكون صلحاً ولذلك فهو لا يتكلم إلا عن العفو المطلق للقيد دون قيد أما عند مالك فيعتبرون التنازل عن القصاص إلى الدية عفواً ولو أن الأمر معلق على رضاء الجانى ويعبر عنه هكذا ، ويعبر عنه أكثر الشراح بالصلح ومن عبر عنه بالعفو عبر عنه أكثر من مرة بأنه صلح مما يدعو إلى الاعتقاد بأن لفظ العفو تجاوز فى التعبير وقد جاء هذا التعبير فى الشرح لا من المتن مما يؤكد فكرة التجوز فى التعبير أو الخطأ[2]

هل يصح قصاص الصغير والمجنون ؟ – الأصل فى تأخير القصاص حتى يبلغ الصبى ويفيق المجنون ، أن القصاص حق وأن استيفاءه يقتضى فى المستعمل الأهلية والصبى والمجنون كلاهما غير أهل لاستيفاء الحقوق ، لكن إذا فرض أن الصبى أو المجنون وثب على القاتل فقتله فهل يعتبر كلاهما مستوفيا لحقه

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٥ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ .
(٢) مواهب ج ٦ ص ٢٥٢

أم لا[١] ؟ فصار كما لو أتلف وديعة له فلا مسؤولية على المودع لديه ، يرى البعض أنه بقتل القاتل صار مستوفياً لحقه لأنه عين حقه وأتلفه بعمله ويرى البعض أنه ليس من أهل الاستيفاء فلا يعتبر مستوفياً لحقه وتجب له الدية في مال الجاني الذي قتله ولأولياء الجاني الرجوع على عاقلة الصبي والمجنون بدية قتيلهم أي أن أصحاب هذا الرأي يعتبرون فعل الصبي والمجنون جريمة قتل عمد يدرأ فيهـــا القصاص لصغر والجنون[٢] ولا شك أن الرأي الأول أقرب للعدالة وللمنطق من الرأي الثاني

١٦٨ – تعدد مستحقي الاستيفاء إذا تعدد مستحقو الاستيفاء فإما أن يكون جميعهم كباراً وإما أن يكون فيهم صغير أو مجنون وإما أن يكونوا جميعاً حاضرين وإما أن يكون بعضهم غائباً

١٦٩ – فإذا تعدد مستحقو الاستيفاء وكانوا جميعاً كباراً حاضرين فالأصل أن لـكل منهم ولاية استيفاء القصاص حتى إذا قتله أحدهم صار القصاص مستوفى للجميع ، لأن القصاص إن كان حق الميت كما يرى أبو يوسف ومحمد ، فـكل واحد من الورثة خصم في استيفاء حق الميت كما هو الحال في المال ، وإن كان القصاص حق الورثة ابتداء كما يرى مالك وأبو حنيفة فـكل من الورثة يملك حق القصاص على الـكمال ، هذا هو الأصل ، إلا أن الفقهاء يشترطون اتفاق مستحقي القصاص عليه قبل الاستيفاء . وحضورهم لاحتمال أن يعفو بعضهم ، ولأن العفو يسقط حق الآخرين في القصاص .

فإذا بادر أحد المستحقين بقتل الجاني قبل اتفاقهم على القصاص ، فمذهب مالك وأبي حنيفة ، أن القصاص صار مستوفى للجميع ، لأن الأصل أن لـكل من المستحقين ولاية استيفاء القصاص ، وليس لباقي الورثة شيء من المال ، لأن حقهم في القصاص قد استوفاه أحدهم وهذا تطبيق نظرية مالك وأبي حنيفة في أن

(١) في هذه النقطة فراغ يبدو أنه كلام لم يتم ولم يكتب – ن

(٢) الشرح الـكبير ج ٩ ص ٣٨٥ – المهذب ج ٢ ص ١٩٦ .

القصاص يجب عيناً[1] إلا أن المقتص يعزر لافتياته على الإمام

أما الشافعي وأحمد فيريان أن المبادر بالقصاص ممنوع من قتل الجاني لأن بعض الجاني غير مستحق له، فإذا استوفى دون اتفاق فهو مستوف لحق غيره دون إذنه والراجح أنه لا يجب القصاص عليــه فعلاً[2] لأنه يستحق القصاص على وجه الشركة، ولأن الجاني مستحق عليه القصاص كما لا يجب الحد على أحد الشريكين في وطء الجارية المشتركة، لــكنه يلزم على رأي بحق شركائه في الدية، لأنه هو الذي أتلف محل حقهم، ويلزم على الرأي الأخير لورثة الجاني دية مورثهم إلا قدر حقه منها، على أن يــكون لباقي مستحقي القصاص الرجوع بحقهم في الدية على تركة الجاني، ورأي الشافعي وأحمد تطبيق لنظريتهما في أن القصاص يثبت للمورث ابتداء، ثم ينتقل منه للورثة كما هو تطبيق لنظريتهما في أن الواجب بالقتل أحد شيئين غير عين القصاص والدية[3]

١٧٠ ـ وإذا تعدد مستحقو القصاص، وكانوا كباراً وصغاراً أو فيهم مجنون، أو بعضهم غائب، فيرى مالك وأبو حنيفة أن لا ينتظر البلوغ ولا إفاقة المجنون، وللعقلاء الــكبار استيفاء القصاص لأن القصاص ثابت للورثة ابتداء فهو حق كل منهم على سبيل الــكمال والاستقلال، لاستقلال سبب ثبوته في حق كل مستحق، ولعدم قابليته للتجزئة، ويؤيدون رأيهم بأن علياً رضي الله عنه أوصى الحسن بعد أن ضربه ابن ملجم فقال له: إن شئت فاقتله، وإن شئت فاعف عنه، وإن تعفو خــير لك، فقتله الحسن وكان في ورثة علي صغار، والاستدلال من وجهين: أحدهما بقول علي، لأنه خير الحسن في القتل أو العفو

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٤٣، الشرح الـكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٢ البحر الرائق ص ٣ ـ ١ ٣

(٢) في مذهب الشافعي رأي مرجوح ملخصه، أن على المستحق القصاص إذا قتل الجاني قبل إجابته مع باقي المستحقين لأنه النفس في أكثر من حقه، ولأن القصاص يجب بقتل بعض النفس إذا عرى عن الشبهة؛ فإذا اشترك شخصان في قتل النفس منهما وأن كلاهما قاتل لبعض النفس.

(٣) الشرح الـكبير جـ ٩ ص ٣٨٦، ٣٨٧، والمهذب جـ ٢ ص ١٩٧

مطلقاً فلم يقيده ببلوغ الصغار ، والثانى لأن الحسن قتل ولم ينتظر وكل ذلك كان فى حضور الصحابة ولم ينكره أحد فيكون إجماعا

ولكنهما يريان مع ذلك انتظار عودة الغائب لاحتمال عفوه ، ولأنه قد يعفو دون أن يشعر الحاضر بعفوه ، فإذا أجيز للحاضر أن يستوفى ، استوفى حقا قد سقط بعفو الغائب .

ويفرقون فى مذهب أبى حنيفة بين احتمال العفو من الصغير والمجنون ، وبين احتمال العفو من الغائب فإن احتمال العفو من الغائب الكبير ثابت ، أما احتمال عفو الصغير أو المجنون فميئوس منه حال استيفاء القصاص ، لأنه ليس من أهل العفو .

ويفرقون فى مذهب مالك بين الغيبة القريبة ، والغيبة البعيدة الميئوس منها أى من عودة صاحبها ويرون الانتظار فى الغيبة القريبة دون البعيدة ، وهذا هو الرأى الراجح ، وهناك رأى لا يفرق بين الغيبة القريبة والغيبة البعيدة [1]

أما الشافعى وأحمد ومعهما محمد وأبو يوسف فيريان أن ورثة القتيل إذا كانوا أكثر من واحد لم يجز لبعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقين ، فإن كان فيهم صغير ينتظر بلوغه ، أو مجنون تنتظر إفاقته أو غائب ينتظر قدومه [2] لأن القصاص حق مشترك بينهم ، فمن استوفى قبل اتفاق كل الشركاء فقد استوفى غير حقه وأبطل حق غيره ، ولأن القصاص أحد بدلى النفس فإذا لم يجز انفراد أحد المستحقين بأحد البدلين وهو الدية لم يجز له أن ينفرد بالبدل الآخر وهو القصاص ، ويستدلون على أن الصغير والمجنون حقهما فى القصاص بأربعة أمور :

أحدها : أنه لو كان منفرداً لاستحق القصاص ، ولو بلغاه الصغير مع غيره لبلغاه منفردا

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٨ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ والبحر الرائق ص ٣٠٢ ، ٣٠٣ .

(٢) هناك رواية عن أحمد بأن للكبار العقلاء الاستيفاء دون انتظار الصغير والمجنون ولكن هذه الرواية ليست المذهب

الثانى : أنه لو بلغ لاستحق بلا خلاف ، ولو لم يكن مستحقاً عند موت المورث لم يكن مستحقاً عند البلوغ

الثالث : لو سقط القصاص وآل الأمر للدية لاستحق ، ولو لم يكن مستحقاً للقصاص لما استحق بدل القصاص وهو الدية

الرابع : لو مات الصغير لاستحق ورثته ، ولو لم يكن حقاً لم يرثه كسائر مالا يستحقه[1]

١٧١ – هل يطلق سراح الجانى حتى يحضر الغائب أو يبلغ الصغير ويصحو المجنون ؟

ومن المتفق عليه أن تأخير الاستيفاء لا يؤدى إلى إطلاق سراح الجانى، بل يحبس مهما تأخر الاستيفاء فيحبس حتى يحضر الغائب أو يبلغ الصغير أو يفيق المجنون ، وقد حبس معاوية بن أبى سفيان هدبة بن خشرم فى قصاص حتى بلغ ابن القتيل فى عصر الصحابة فلم ينكر عليه ذلك ، ويعللون بقاءه محبوساً بأن فى تخليته تضييعاً للحق ، لأنه لا يؤمن هربه ، ولأنه مستحق القتل وفيه تفويت نفسه ونفعه ، وإذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لامكانه ، ولا يقبل من القتيل أن يقدم كفيلا ليخلى سبيله له ، لأن الكفالة لا تصح فى العقوبات لأن فائدتها استيفاء الحق من الكفيل إذا تعذر إحضار المكفول ولا يمكن استيفاء القتل من غير القاتل[2] .

١٧٢ ـ ومهما تعدد مستحقو القصاص فلا يستوفيه إلا أحدهم فقط يوكلونه عنهم ويشترط أن يكون خبيراً قادراً على القصاص فإن لم يكن فيهم من يحسن القصاص أولم يتفقوا على واحد منهم ، أناب الحاكم من يحسنه وليس ثمة مايمنع أن يكون موظفاً يتناول أجرة من خزانة الحكومة ، ويرى الشافعى

(١) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٩٢ ـ ٣٩٣ ، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٨٤

(٢) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٨٤ ـ ٣٨٥ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٥٠ ، المهذب جـ ٢ ص ١٩٦

الاقتراع بين مستحق القصاص إذا كانوا جميعاً يحسنونه ولم يتفقوا ، فمن اختارته القرعة قام بالاستيفاء[1] ويرى بعض الفقهاء في مذهب مالك أن الحاكم مخير بين أن يستوفى بنفسه القصاص أو أن يسلمه لولى المقتول ليقتص منه ، والأصل في الشريعة ، أن لا يمكن إنسان من استيفاء حقه بنفسه ، لأن استيفاء الحقوق متروك للحكام ، ولكن جاز أن يستوفى الفرد حقه في القتل بدليل خاص هو تسليم الرسول للقاتل للمستحق[2] ، ولما كان من شروط الاستيفاء عدم الحيف وأن لا يُعذب المقتص القاتل ، وأن يحسن قتلته[3] فإن القصاص يجب أن يتم تحت إشراف السلطة التنفيذية ، وليس ثمة ما يمنع من أن تتولاه السلطة التنفيذية اليوم لضمان التنفيذ على وجه المطلوب

١٧٣ - الأمن من التعدى إلى غير القاتل : يشترط في الاستيفاء أن لا يتعدى إلى غير القاتل ، فإذا وجب القصاص على حامل قبل وضعه أو حامل بعد وضعه لم تقتل حتى تضع ولدها ، وليس في هذا اختلاف لقوله تعالى : ﴿فَلَا يسرف في القَتل﴾ وقتل الحامل إسراف ، وروى عن رسول الله أنه قال « إذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع ما في بطنها إن كانت حاملا وحتى تكفل ولدها ، وإن زنت لم ترجم حتى تضع ما في بطنها وحتى تكفل ولدها » ولقد قال الرسول للغامدية التي زنت «ارجعى حتى تضعى ما في بطنك» فلما وضعته قال لها « ارجعى حتى ترضعيه» وهذه القاعدة مسلم بها في القصاص أطلاقاً سواء كان في النفس أو الطرف ، أما في النفس فلما سبق وأما في الطرف فلأننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية إلى غير الجانى وتفويت نفس معصومة أولى وأحرى ، ولأن في القصاص من الحامل قتلاً لغير الجانى وهو محرم إذ لا تزر وازرة وزر أخرى

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٨٥

(٢) الشرح الكبير للدردير ص ٢٣

(٣) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٩٧ وما بعدها ، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٨٦ ، ٢٨٧ .

وإذا وضعت الحامل لم تقتل حتى تسقى ولدها اللبأ ، لأن الولد يتضرر لتركه ضرراً كبيراً ثم إن لم يكن للولد من يرضعه لم يجز قتلها حتى يجيء أوان فطامه ، وإن وجد له مرضعة راتبة جاز الاستيفاء من الأم ، لأن الولد يستغنى عنها بلبن المرضعة ، وكذلك إذا أمكن أن يسقى من لبن شاة أو نحوها أو وجد له مرضعة غير راتبة أو نساء يتناوبن رضاعه ، ولكن يستحب فى هذه الحالات أن يؤخر الولى القصاص لما على الولد من ضرر فى اختلاف اللبن وشرب لبن البهيمة .

وإذا ادعت المرأة الحمل فلا يستوفى منها إلا بعد التحقق من خلوهـا من الحمل وتعرض على أهل الخبرة ، فإن تبين حملها أو أشكل الأمر أخرت حتى تضع أو حتى يتبين أمرها ، وإن ثبت أنها غير حامل لم تؤخر وإذا تبين الحمل أو أشكل الأمر فتحبس حتى تضع ، ويستوى أن تكون حاملا من زوج أو زنا[1] وتأخير التنفيذ على الحامل هو المبدأ الذى تأخذ به القوانين الوضعية اليوم فالقانون المصرى نص فى المادة ٢٦٣ على أنه « إذا أخرت المحكوم عليها بالإعدام أنها حبلى يوقف تنفيذ الحكم ، ومتى تحقق قولها لا ينفذ إلا بعد الوضع »

١٧٤ – كيفية الاستيفاء :

لا يستوفى القصاص إلا بالسيف عند أبى حنيفة ، ورواية عن أحمد ، سواء كان الجانى قتل بسيف أم بغير سيف ، وسواء كان القتل نتيجة لحز الرقبة أم لسراية جراح أو نتيجة الخنق ، أو التغريق أو التحريق ، أو غير ذلك وحجة القائلين بهـذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا قود إلا بالسيف » والقود هو القصاص ، والقصاص هو الاستيفاء فمعنى الحديث نفى القصاص بغير السيف .

وإذا كان الموت نتيجة قطع اتصلت به السراية ، فالقود بالسيف لأنه تبين أن فعل الجانى وقع قتلا من وقت وجوده ، فلا يقتص منـه إلا بالقتل لأنه

---

(١) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٩٤ وما بعدها نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٨٨ – ٢٨٩ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٥٣ ، وشرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٣٠ – بدائع الصنائع جـ٧ ص٥٩

لو قطع عضوا من الجانى لتحقق التماثل ، ثم عاد فحز رقبته إذا لم يمت من القطع كان ذلك جمعاً بين القطع والحز ، ولم يكن مجازاة بالمثل ولا يعتبر حز الرقبة متمما للقطع ، لأن المتمم للشيء يكون من توابعه والحز قتل وهو أقوى من القطع فليس من توابعه ، كذلك فإن القصاص فى النفس قصد منه إتلاف النفس فإذا أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز إتلاف أطرافه ، لأن إتلافهما يعتبر تعديا لا استيفاء

وعلى هذا فمن قطع يد إنسان فمات أو أجافه جائفة ، أو أوضحه موضحة فمات فليس له أن يقطعه أو يجيفه أو يوضحه ثم يقتله طبقا لرأى أبى حنيفة وأحد رأيىْ أحمد وله فقط أن يقتله بالسيف

وإذا أراد الولى أن يقتص بغير السيف لا يمكن من ذلك ، وإذا فعله عزر لافتياته على السلطات العامة ، إلا أنه يعتبر مستوفيا لحقه فى القصاص بأى طريق قتله سواء قتله بالعصا أو الحجر أو ألقاه من سطح أو أرداه فى بئر أو ساق عليه دابة حتى مات ، ونحو ذلك ، لأن القتل حقه ، فإذا قتله فقد استوفى حقه إلا أنه يفتات إذا استوفى بغير السيف لاستيفائه بطريق غير مشروع فيعزر على هذا الافتيات[1]

وعند مالك والشافعى وهو رواية عن أحمد[2] أن القاتل أهل لأن يفعل به كما فعل فإذا قتل بالسيف لم يقتص منه إلا بالسيف لقوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ ولأن السيف أوحى الآلات أى أسرعها فإذا قتل به واقتص بغيره أخذ فوق حقه لأن حقه فى القتل وقد قتل وعذب

فإن أحرقه أو غرقه أو رماه بحجر أو رماه من شاهق أو ضربه بخشب أو حبسه أو منعه الطعام والشراب فمات فللولى أن يقتص بمثل ذلك لقوله تعالى : ﴿وإن عاقبتم

(١) بدائع الصنائع حـ ٧ والشرح الكبير حـ ٩ ص ٤ وما بعدها

(٢) مواهب الجليل ج٦ ص ٢٥٦ ، مهذب ج٢ ص ١٩٩ ، الشرح الكبير ج٩ ص ٤٠ وما بعدها

فَعاقبوا بمثل مَا عوقبتم ﴾ ولما رواه البراء عن الرسول عليه السلام قال: « من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقناه » ولأن القصاص موضوع على المماثلة والمماثلة ممكنة بهذه الأسباب فجاز أن يستوفى بها القصاص .

وللولى أن يقتص بالسيف فى هذه الأحوال لأنه قد وجب له القتل والتعذيب فإذا عدل إلى السيف فقد ترك بعض حقه وهو جائز له

وإن قتله بما هو محرم كاللواط وسقى الخمر فيرى البعض أن يعمل به مثل فعله صورة بما هو غير محرم فيعمل به فى اللواط مثل مافعل بخشبة لتعذر مثل فعله حقيقة ولسقى الماء بدلا من الخمر حتى يموت ويرى البعض أن يكون القصاص بالسيف كلما كان القتل بما هو محرم لنفسه وإن ضرب رجلا بالسيف فلم يمت كرر عليه الضرب بالسيف لأنه قتل مستحق وليس هاهنا ماهو أوحى من السيف فيقتل به

وإن قتله بمثقل أو رماه من شاهق أو منعه الطعام والشراب مدة فعل به مثل ما فعل فلم يمت فيرى البعض أن يكرر عليه ذلك حتى يموت ويرى البعض الآخر أنه يقتل بالسيف لأنه فعل مثل ما فعل وبقى إزهاق الروح فوجب بالسيف

وإن جنى عليه جناية يجب فيها القصاص بأن قطع كفه وأوضح رأسه فمات فللولى أن يستوفى القصاص بما جنى فيقطع كفه ويوضح رأسه لقوله تعالى ﴿ والجروح قِصاص ﴾ فإن مات فقد استوفى حقه وإن لم يمت قتل بالسيف لأنه لايمكن أن يقطع منه عضو آخر ولا أن يوضح فى موضع آخر لأنه يصير قطع عضوين بعضو وإيضاح موضحتين بموضحة

وإن جنى عليه جناية لايجب فيها القصاص كالجائفة وقطع اليد من الساعد فمات منه فيرى البعض أن يقتل بالسيف ويخالف مالك الشافعى فى أنه يرى أن يكون القصاص بالسيف دائما كلما ثبت القتل بقسامة أو كان القتل بما يطول أمره كمنع الطعام والشراب ولا يقتص فى الجائفة ولا فى قطع الساعد لأن كلاهما

جناية لا يجب فيها القصاص فلا يستوفى بها القصاص كالجوائف ويرى البعض أن يقتص فى الجائفة وقطع اليد من الساعد لأنه جهة يجوز القتل بها فى غير القصاص فجاز القتل بها فى القصاص كالقطع من المفصل وحز الرقبة فإن اقتص بالجائفة وقطع الساعد فلم يمت قتل بالسيف لأنه لا يمكن أن يجاف جائفة أخرى ولا أن يقطع منه عضو آخر فيصير جائفتان بجائفة وقطع عضوين بعضو .

١٧٥ — حكم القصاص : وإذا قطع طرف رَجل كيد أو رِجل ثم قتله فإذا كان القتل بعد برء الإصابة الأولى فيرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن يقتص منه الولى بمثل ما فعل فيقطع طرفه ثم يقتله إن شاء وله أن يكتفى بقتله فقط أما مالك فيرى أن الطرف يندرج فى القتل فليس للولى إلا القتل فقط أما إذا كان القتل قبل برء الإصابة الأولى فيرى أبو حنيفة والشافعى وقولهما رواية عن أحمد أن المستوفى أن يقطع الطرف ثم يقتل لأن حق المجنى عليه فى المثل والمثل هو القطع والقتل والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن فإذا قطع الولى طرفه ثم قتله كان مستوفياً للمثل وكان الجزاء مثل الجناية جزاءاً وفاقاً ، ويرى مالك هذا الرأى بشرط أن يكون القطع قصد به التمثيل(١) ويرى أبو يوسف ومحمد وهو قول فى مذهب أحمد بأن الطرف يدخل فى النفس فللولى أن يقتل الجانى وليس له أن يقطع يده لأن الجناية على ما دون النفس إذا لم يتصل بها البرء لا حكم لها مع الجناية على النفس فى الشريعة بل يدخل ما دون النفس فى النفس ويرى مالك هذا الرأى إذا لم يكن الجانى قصد من قطع الطرف التمثيل بالمجنى عليه(٢)

١٧٦ — حضور المستحقين الاستيفاء : يرى أبو حنيفة أن مستحقى القصاص يجب أن يحضروا الاستيفاء ولا يكفى أن يحضر وكيل عنهم بل يجب

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٣ — المهذب ج ٢ ص ١٩٥ — المغنى ص ٣٨٦ — ٣٩٦ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٦

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٣ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٦

حضور للوكل بنفسه ولا يجوز للوكيل استيفاء القصاص مع غيبة للوكل أو للوكلين لاحتمال أن النائب قد عفا ولأن في اشتراط حضور للوكل رجاء العفو منه عند معاينة حلول العاقبة بالقاتل[1] ولا يشترط باقي الأئمة هذا الشرط وليس عندهم مانع من أن يتم الاستيفاء بمعرفة الوكيل في غياب للوكلين

١٧٧ ـ *تفقد آلة القتل* : وإذا أراد الولي الاستيفاء بنفسه فعلى السلطان أن يتفقد الآلة التي يستوفى بها ، فإذا كانت كالّة منعه الاستيفاء بها لئلا يعذب المقتول ، وإن كانت مسممة منعه الاستيفاء بها لأنها تفسد البدن ، وإن عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة عزر ، فالولي الذي يستوفى يجب أن يكون خبيراً بالاستيفاء ، وأن تكون الآلة التي يستوفى بها صالحة للاستيفاء . وكل ذلك قصد منه أن لا يعذب الجاني وأن ترهق روحه بأيسر ما يمكن ، وقد روى شداد ابن أوس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته »[2]

١٧٨ ـ *هل يجوز الاستيفاء بما هو أسرع من السيف ؟* الأصل في اختيار السيف أداة القصاص ، أنه أسرع في القتل وأنه يزهق روح الجاني بأيسر ما يمكن من الألم والعذاب ، فإذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إيلاماً فلا مانع شرعاً من استعمالها ، فلا مانع من استيفاء القصاص بالمقصلة ، والكرسي الكهربائي وغيرها مما يفضي إلى الموت بسهولة وإسراع ولا يتخلف الموت عنه عادة ، ولا يترتب عليه تمثيل بالقاتل ولا مضاعفة تعذيبه ، أما المقصلة فلأنها من قبيل السلاح المحدد ، وأما الكرسي الكهربائي فلأنه لا يتخلف الموت عنه عادة مع زيادة السرعة وعدم التمثيل بالقاتل دون أن يترتب عليه مضاعفة التعذيب[3] .

(١) بدائع الصنائع ص ٢٤٣
(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٧ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٧
(٣) من فتوى لجنة الفتوى بالأزهر راجع القصاص ص ٢٠٨

١٧٩ - هل يجوز للسلطان اليوم أن يستأثر باستيفاء القصاص ؟

الرأى الراجح عند الفقهاء أن لا يترك الولى ليستوفى بنفسه القصاص فى الجراح[1] لأن القصاص فى الجراح يقتضى خبرة ودقة فوق ما يجب فيه من البعد عن الحيف والتعذيب ، ولما كانت الخبرة لا تتوفر فى معظم الأولياء . فقد رأى الفقهاء أن يتولى القصاص خبراء يوكلهم الأولياء ، ولا مانع من أن يأخذ هؤلاء الخبراء أجرهم من خزانة الدولة ، أما الاستيفاء فى القتل فقد ترك للولى ، إذا كان يحسن الاستيفاء وإذا استوفاه بآلة صالحة فإذا لم يكن يحسنه وكل من يحسنه، فحق الولى فى الاستيفاء بنفسه متوقف على إحسانه وعلى استعمال الآلة الصالحة ، ولقد كان الناس قديماً يحملون السلاح ويحسنون استعماله عالباً ، أما اليوم فيقل أن تجد من يحسن استعمال السيف ، بل قد لا تجد فى القرية كلها سيفاً واحداً صالحاً للاستعمال فإذا أضيف إلى هذا أن وسيلة الشنق والمقصلة والكرسى الكهربائى أسرع بالموت من السيف كما هو ثابت من التجربة ، وأن المقصلة أو غيرها لا يمكن أن يحصل عليها الأفراد وأنها فى حيازة الدولة ، وإذا روعى هذا جميعه أمكن القول أن الضرورات اليوم تمنع من ترك الولى يستوفى فى حقه على الطريقة القديمة ، وأنها تقتضى بحرمان الأولياء من استيفاء القصاص بأنفسهم وترك الاستيفاء لمن تعينهم الدولة من الموظفين المختصين ، وللأولياء أن يأذنوا لهم بالتنفيذ إذا شاؤوا القصاص أو لا يأذنوا إذا رأوا العفو

سقوط القصاص

١٨٠ - يسقط عقوبة القصاص بأربعة أسباب هى فوات محل القصاص - العفو - الصلح - إرث حق القصاص

١٨١ - فوات محل القصاص محل القصاص فى القتل هو نفس القاتل ،

(١) المغنى ج ٩ ص ٤١٢ ، المهذب ج ٢ ص ١٩٧ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣

فإذا مات محل القصاص ، أى انعدم محله بأن مات من عليه القصاص ، سقطت العقوبة ، لأن محلها انعدم ، ولا يتصور تنفيذها بعد انعدام محلها .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان سقوط القصاص بموت الجانى يوجب الدية فى ماله أم لا ؟ فرأى مالك وأبو حنيفة أن انعدام محل القصاص يترتب عليه سقوط عقوبة القصاص ، ولا يترتب عليه وجوب الدية فى مال القاتل ، لأن القصاص واجب عيناً ، والدية لا تجب إلا برضاء القتيل فإذا مات القاتل سقط الواجب وهو القصاص ولم تجب الدية لأن القاتل لم يوجبها على نفسه ، ويستوى أن يكون الموت بآفة سماوية أو بيد شخص آخر ما دام أن الموت بحق فإذا مات الجانى بمرض أو قتل فى قصاص لشخص آخر أو رجما أو ردة ، فى كل هذه الحالات تسقط عقوبة القصاص ولا تجب بدلها الدية

أما إذا قتل ظلما ، فيرى مالك أن القصاص لأولياء المقتول الأول ، فمثلا « من قتل رجلا عمدا عليه أجنبى فقتله عمدا ، فدمه لأولياء المقتول الأول ، ويقال لأولياء المقتول الثانى أرضوا أولياء المقتول الأول ، وشأنكم بقاتل وليكم فى القتل أو العفو ، فإن لم يرضوهم فلأولياء المقتول الأول قتله أو العفو عنه ، ولهم ذلك إن لم يرضوا بما بذلوا لهم من الدية أو أكثر منها ، وإن قتل خطأ فديته لأولياء المقتول الأول[1] ويسوى أبو حنيفة بين الموت بحق والموت بغير حق فكلاهما يسقط حق القصاص سقوطاً مطلقاً ، ولا يوجب الدية فى مال الجانى ولا فى مال غيره[2] إذا جنى عليه ويرى الشافعى وأحمد أن فوات محل القصاص يسقط عقوبة القصاص فى كل الأحوال ، سواء كان الموت بحق أو بغير حق ، ولكنه يؤدى إلى وجوب الدية فى مال الجانى ، لأن الواجب فى القتل أحد شيئين غير عين القصاص والدية فإذا تعذر أحدهما لفوات محله وجب الآخر

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٣١
(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٤٦

ولأن ما صمن بسببين على سبيل البدل إذا تعذر أحدهما ثبت الآخر كذوات الأمثال[1]

ونستطيع أن نتبين مدى الخلاف بين الفقهاء في المثل الآتي إذا قتل محمد عليا ، فإن لأولياء محمد حق القصاص على علي ، فإذا مرض علي ومات سقط القصاص بموته ولا شيء لأوليائه طبقا لرأى مالك وأبي حنيفة ، ولأوليائه الدية في مال علي طبقا لرأى الشافعي وأحمد ، فإذا كان موت علي بسبب أن زيداً أطلق عليه عياراً نارياً عمداً فقتله أو صدمه بسيارته خطأ فقتله ، فقد سقط معه القصاص ، ولا شيء لأولياء محمد كما يرى أبو حنيفة ، وطبقا لرأى مالك ، ينتقل حق القصاص إلى زيد ويكون لأولياء محمد أن يقتصوا منه في حالة العمد وليس لأولياء علي أن يقتصوا من زيد إلا إذا أرضوا أولياء محمد ، وفي حالة الخطأ يدفع زيد ديةعلي لأولياء محمد وطبقا لرأى الشافعي وأحمد يسقط القصاص وتكون لأولياء محمد ديته في مال علي

١٨٢ ـ العفو : أجمع الفقهاء على جواز العفو عن القصاص . وأن العفو عنه أفضل من استيفائه ، والأصل في جواز العفو الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقد أقر العفو في سياق قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ القِصَاصُ فِي القَتْلَى الحُرُّ بِالحُرِّ وَالعَبْدُ بِالعَبْدِ ﴾ إلى أن قال . ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ وفي سياق قوله تعالى . ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ إلى أن قال ﴿ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ﴾ وأما السنة فإن أنس ابن مالك قال « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء في قصاص إلا أمر فيه بالعفو » .

١٨٣ ـ والعفو عن القصاص عند الشافعي وأحمد هو التنازل عن القصاص مجانا أو عن الدية ، فمن تنازل عن القصاص من القاتل مجانا فهو عاف ، ومن تنازل عن القصاص مقابل الدية فهو عاف ، وإن كان مالك يرى أن العفو عن الدية يحتاج لنفاذه رضاء الجاني بدفع الدية بخلاف الشافعي وأحمد اللذين يريان أن العفو عن الدية يعتبر نافذا دون حاجة لرضاء الجاني[2]

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٠١ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٧

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣ المهذب ج ٢ ص ٢٠١ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٣ وما بعدها

والعفو عند مالك وأبي حنيفة هو إسقاط القصاص مجانا ، أما التنازل عن القصاص مقابل الدية فهو ليس عفوا عندهما ، وإنما هو صلح[1] لأن تنازل الولي لا ينفذ إلا إذا قبل الجاني دفع الدية[2]

ويشترط مالك وأبو حنيفة أن يكون العفو عن القصاص من صاحب الحق لأن العفو عنده إسقاط الحق وإسقاط الحق محال ممن ليس له حق ، ويترتب على هذا أن العفو لا يصح من أجنبي لأنه ليس صاحب الحق ولا من الأب أو الجد في قصاص وجب للصغير خاصة ، لأن الحق للصغير وليس لهما ، وسلطتهما قاصرة على استيفاء الحقوق الواجبة للصغير ، وولايتهما مقيدة بالنظر لمصالح الصغير ، والعفو ضرر محض لأنه إسقاط الحق أصلا ورأسا فلا يملكانه وكذلك لا يملك السلطان العفو فيما له ولاية الاستيفاء فيه[3] ولكن الأب والجد والسلطان يملكون الصلح

ولكن الشافعي وأحمد يجيزان أن يكون العفو من الأب والجد على مال كما بينا في الفقرة ١٦٧ كما يجيزون للسلطان أن يعفو على مال ولكنهم لا يجيزون له العفو مجانا

والفرق بين أبي حنيفة والشافعي وأحمد هو اختلاف في تكييف التنازل عن القصاص على الدية ، فأبو حنيفة يسميه صلحاً وباقي الأئمة يسمونه عفواً وأبو حنيفة منطقي في وجهة نظره ، لأنه يشترط رضاء الجاني بدفع الدية فإذا كان التنازل معلقا على رضاء الجاني بمقابل التنازل وهو الدية فالتنازل صلح لا عفو والشافعي وأحمد يتمشيان المنطق في وجهة نظرهما لأن تنازل أولياء المجني عليه عن القصاص على الدية لا يتوقف على رضاء الجاني إذ الواجب عندهما بالقتل

(١) الزيلعي جـ ٦ ص ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١١٣ والبحر الرائق جـ ٨ ص ٣٠٢ ، ٣٠١

(٢) يسمى بعض الفقهاء ومذهب مالك التنازل عن القصاص بمقابل عفواً، ويسميه بعضهم صلحا ، وهؤلاء يتفق رأيهم مع أبي حنيفة ، راجع الفقرة ١٦٧

(٣) راجع الفقرة ١٦٣

العمد القصاص والدية والولى أن يختار بينهما فإذا اختار القصاص فله أن يتنازل عنه إلى الدية فالتنازل إذن إسقاط محض لا مقابل له وترك للأكثر وأخذ للأقل فهو عفو لأنه إسقاط محض .

وفى مذهب مالك لا يرون بأسا من اعتبار التنازل عن القصاص مقابل الدية عفواً مع أنهم يعتبرون الواجب بالقتل العمد هو القصاص عينا ويوجبون رضاء الجانى إذا اختار الأولياء الدية ولكن بعضهم يعتبر هذا صلحا لا عفوا ومن يعتبرونه عفوا يفرقون بينه وبين الصلح بأن العفو يكون على الدية فقط أو أقل منها أما الصلح فيكون على أكثر من الدية ويكون على غير الدية ولا شك أن من يسمونه صلحا أقرب إلى المنطق ممن يسمونه عفوا[1] .

١٨٤ – من يملك حق العفو .

يملك حق العفو عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد من يملك حق القصاص[2] والقصاص عندهم حق لجميع الورثة من ذوى الأنساب والأسباب ، الرجال والنساء والصغار والكبار . فكل واحد منهم يملك العفو إذا كان بالغا عاقلا فإن لم يكن كذلك فلا يملك التصرف فيه وإن كان الحق ثابتا لأنه من التصرفات الضارة والتى لا تجوز إلا للعاقل البالغ[3]

ويملك العفو عند مالك من يملك حق القصاص ، وهو العاصب الذكر الأقرب درجة للمقتول والمرأة الوارثة التى لا يساويها عاصب فى الدرجة ، والتى لو كان فى درجتها رجل ورث بالتعصيب[4] ويشترط مالك أيضا فى العافى أن يكون بالغاً عاقلا .

١٨٥ – هل يملك العفو فرد عند تعدد المستحقين ؟ . إذا كان المستحق القصاص واحداً بالغا عاقلا رجلا أو امرأة فهو يملك العفو وحده عند

---

(١) راجع شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٠ ومواهب الجليل ص ٢٥٢

(٢) راجع الفقرة ١٦٣

(٣) البدائع ج ٧ ص٢٤٦ ، مهذب ج ٢ ص٢٠١ الشرح الكبير ج٩ ص ٣٨٨

(٤) راجع فقرة ١٦٣

أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، وإذا عفا كان عفوه نافذا ، وإذا تعدد المستحقون القصاص فعفا أحدهم بعد عفوه وأنتج أثره ، ولو لم يعف الباقون ، وحجتهم أن القصاص حق مشترك بين المستحقين فإذا عفا أحدهم سقط بعفوه لأن القصاص لا يتجزأ بطبيعته إذ لا يمكن قتل بعض الجانى وإحياء بعضه وأن العفو أقرب للتقوى ، فهو أفضل من طلب القصـــــاص ، فمن عفا رجح عفوه على طلب القصاص ، ويستدلون على صحة رأيهم بما روى عن عمر من أنه أتى برجل قتل قتيلا ، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه ، فقالت امرأة المقتول ، وهى أخت القـاتل قد عفوت عن حقى فقال عمر . الله أكبر عتق القتيل ، وفى رواية عن زيد قال: دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها ، فقال بعض إخوتهـا قد تصدقت ، فقضى لسائرهم بالدية وروى عن قتادة أن عمر رفع إليه رجل قتل رجلا ، فجاء أولاد المقتول وقد عفا بعضهم فقال عمر لابن مسعود ؟ ما تقول قال إنه قد أحرز من القتل فضرب على كتفه وقال كنيف ملىء علما

وزوال الزوجية بالموت لا يمنع استحقاق القصاص ثم العفو ، كما لم يمنـع استحقاق الدية وسائر حقوق القتيل للورثة عنه سواء على رأى القائلين بأن القصاص يرثه الورثة ابتداء أو يرثونه عن القتيل

أما مالك فيرى أن المستحقين إذا كانوا رجالا متساوين فى الدرجة فالعفو يملكه أى واحد منهم فإن كان فيهم من هو أعلى درجة فالعفو له دون غيره وإن كان المستحقون نساء فالعفو لأعلاهن درجة كالبنت مع الأخت فالعفو للبنت دون الأخت ولو أن كليهما وارثة هذا إذا كان القتل بغير قسامـة فلا عفو إلا باجتماع النساء والعصبة وإن كان المستحقون نساء وكلهم من درجة واحدة فعفت إحداهن فلا يعتبر العفو إلا إذا أقره الحاكم وإذا كان المستحقون رجالا ونساء أعلى درجة منهم وكان للرجال كلام لكونهم وارثين وثبت القتل ببينة أو إقرار أو قسامة أو كان الرجال وارثين ولكن ثبت القتل بقسامة فلا عفو إلا بإجماع الفريقين أو بإجماع بعض هؤلاء وبعض هؤلاء أما إذا كان

الرجال مساوين للنساء فى الدرجة أو أعلى منهن فلا كلام للنساء معهم والاستيفاء للعاصب وحده[1] .

١٨٦ — متى يعفو الولى ؟ قد يكون العفو من الولى قبل الموت وقد يكون بعده ولكل حالة حكمها الخاص وقد يكون العفو من الولى للمستحق الذى لا شريك له وقد يكون من ولى له شركاء وقد يكون عن بعض الجناية دون البعض

١٨٧ — عفو الولى بعد الموت إذا استحق ولى الدم القصاص وحده فعفا بعد موت القتيل وكان ممن يملك العفو ترتب على عفوه أثر وسقط القصاص عن القاتل سواء كان العفو مطلقاً غير مقيد أو كان العفو على الدية سواء قبل الجانى دفع الدية أم لم يقبل ، وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد أما مالك فيرى أن حق القصاص لا يسقط إلا إذا قبل الجانى دفع الدية إذا كان العفو على الدية وأساس الخلاف أن العفو على الدية يوجبها على الجانى عند الشافعى وأحمد فلا حاجة لرضاه ولكن الدية لا تجب عند مالك وأبى حنيفة إلا برضاء الجانى[2]

وإذا عفا الولى عن الجانى ثم قتله بعد العفو عنه ، اعتبر الولى قاتلا عمداً باتفاق لأن الجانى بالعفو عنه صار معصوم الدم[3] وإذا استحق قصاصاً على شخص فقطع يده ثم عفا عنه بعد ذلك فهو مسئول عن قطع اليد عند مالك وأبى حنيفة ولا مسئولية عليه عند الشافعى وأحمد وأبى يوسف ومحمد وحجة الفريق الأول أن حق من له القصاص فى الفعل وهو القتل ، لا فى المحل وهو النفس ، وإن كان فى النفس فهو فى القتل لا فى القطع لأن حقه فى المثل ومثل القتل هو القتل فإذا قطعها فقد استوفى ما ليس له بحق ويرى مالك القصاص ولكن أبا حنيفة درأه للشبهة أما الفريق الآخر ، فحجته أن نفس القاتل صارت ملكاً للولى

(١) شرح الزرقانى ج ٤ ص ٢٣٢
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٥ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٧
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٧ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩١ — المهذب ج ٢ ص ١٩٧ ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٦

القتيل ، والنفس اسم لجملة الأجزاء ، فإذا قطع يده فقد استوفى حق نفسه وإذا كان قد عفا ، فالعفو عن الباقى لا عما استوفاه .

ومن المتفق عليه أنه إذا قطعه ثم قتله فلا شىء عليه إلا التعزير لتعذيبه القتيل[1] وإن كان القصاص على أكثر من شخص واحد كأن كان القاتل رجلين فأكثر فإذا عفا الولى عنهما أو عنهم جميعاً سقط القصاص وإن عفا عن أحدهم أو بعضهم سقط القصاص عن المعفو عنهم وبقى على الآخرين لأن العافى استحق على كل منهم قصاصاً كاملاً والعفو عن أحدهم لا يستوجب العفو عن الآخرين .

وإذا تعدد الأولياء فى قصاص مشترك فعفا أحدهم سقط القصاص عن القاتل لأن سقوط نصيب العافى بالعفو يسقط نصيب الآخرين ضرورة لأن القصاص لا يتجزأ وهو قصاص واحد فلا يتصور استيفاء بعضه دون بعض وينقلب نصيب الآخرين مالا فيأخذون حصتهم من الدية ولا يأخذون الدية كاملة لأن للعافى نصيباً فيها فيأخذون الباقى بعد خصم نصيب العافى أما العافى فإنه يأخذ نصيبه إذا عفا على الدية ولا يأخذه إذا عفا مجاناً[2]

وإذا عفا أحدهم فقتله الآخر فإن لم يكن يعلم بالعفو أو علم به ولكنه لا يعرف بأن القصاص سقط فهو قاتل عمداً عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ويدرأ عنه القصاص وعليه الدية فى ماله لأن للولى القاتل حق القصاص وهذا يورث شبهة فى عصمة الجانى والحدود تدرأ بالشبهات ولكن زفر يرى أن عصمة الجانى عادت بالعفو فإذا قتله أحد الأولياء فقد قتل معصوماً فعليه القصاص وفى مذهب الشافعى رأيان كلاهما يعتبره قاتلا عمداً ولكن أصحاب الرأى الأول يدرؤون القصاص للشبهة وأصحاب الرأى الثانى يرون القصاص ، ومذهب أحمد أن لا قصاص للشبهة .

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٠٤ ــ مواهب جـ ٦ ص ٢٣٥ ــ مهذب جـ ٢ ص ٢٠٣
(٢) بدائع الصنائع ص ٢٤٧ ــ ٢٤٨ ــ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٥٤ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٠٢ ــ الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٩٠

وإذا قتله وهو عالم بالعفو وبسقوط القصاص كان قاتلاً عمداً دون شبهة ووجب عليه القصاص عند أبي حنيفة وأحمد وطبقاً لأحد الرأيين في مذهب الشافعي أما الرأي الآخر فيشترط للقصاص أن يكون عالماً بالعفو وأن يحكم القاضي بسقوط القصاص وإن لم يتوفر هذان الشرطان درىء القصاص للشبهة لأن مالكاً يرى أن حق الولي لا يسقط في القود بعفو الشريك وهذا الخلاف يعتبر شبهة تدرأ القصاص[1] [تبحث هذه المسألة من كتب المالكية]

كل ما سبق إذا كان القصاص الواحد مشتركاً بين مستحقين متعددين فعفا أحدهم أو بعضهم عن نصيبه أما إذا وجب لكل من المستحقين قصاص كامل غير مشترك قبل القاتل فإن الحكم يختلف فلو قتل الجاني رجلين فعفا ولي أحدهما عن القاتل فإن عفوه لا يسقط حق ولي القتيل الأخير من القصاص من القاتل لأن كل واحد من الوليين استحق على الجاني قصاصاً كاملاً مستقلاً عن القصاص الذي استحقه الآخر فإذا ما أسقط أحدهما حقه بقي حق الآخر بخلاف القصاص المشترك فإن عفو أحد الشركين فيه يسقط حق الشريك الآخر لأن حق القصاص لا يتجزأ ومن المحال إسقاط بعضه وتبعيد بعضه .

١٨٨ — عفو الولي قبل الموت : إذا عفا الولي بعد الجرح وقبل الموت ففي صحة عفوه وبطلانه رأيان أولهما ـ أن العفو غير صحيح لأنه عفا عما لم يجب له لأن القصاص لا يجب له إلا بعد وفاة مورثه ولأن العفو عن القتل يستدعي وجود القتل والفعل لا يصير قتلاً إلا بوفاة المورث فالعفو لم يصادف محله ثانيهما ـ أن العفو صحيح لأن الجرح متى اتصلت به السراية تبين أنه وقع قتلاً من يوم وجوده فكان العفو عن حق ثابت وإذا فرض أن القتل لم يوجد من يوم الجرح فقد وجد سببه وهو الجرح المفضي إلى الموت والسبب المفضي إلى الشيء يقام مقامه وعلى هذا يكون العفو صحيحاً[2]

---

(١) بدائع جـ ٧ ص ٢٤٨ ـ المهذب ج ٢ ص ١٩٧ ، نهاية المحتاج ج ٧ص ٢٨٦ المغني ج٩ ص ٤٦٥ ـ ٤٦٦

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٨ الأم ج ٦ ص ١٤

١٨٩ — العفو من المجنى عليه · وكما يصح أن يكون العفو من ولى القتيل يصح أن يكون العفو من القتيل قبل موته فإن عفا المجروح عن الجانى وبرأ من جراحه دون أن يسرى إلى أعضاء أخرى فالعفو صحيح لأن القاعدة أن للمجنى عليه أن يعفو عن القصاص مجاناً وله أن يعفو عن الدية أيضاً

وإن عفا المجروح عن الجانى فسرى الجرح إلى عضو آخر كأن قطع أصبعه فعفا عنه ، ثم سرى الجرح إلى اليد فأتلفها ، فيرى أبو حنيفة أن العفو صحيح سواء عن الجرح ، أو عن الجرح وما يحدث منه لأن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها أما الشافعى وأحمد فيفرقان بين ما إذا كان العفو شاملا الجناية وما يحدث منها ، وفى هذه الحالة يصح العفو وبين ما إذا كان العفو قاصراً على الجرح فقط ففى هذه الحالة يكون الجانى مسؤولا عن السراية ولكن لا يقتص منه لأن القصاص فى الأصبع سقط بالعفو ولا يجب فى الكف لأنها تلفت بالسراية ، فإذا كان العفو على الدية وجبت الدية فى اليد كلها ، وإن كان العفو مجاناً وجبت الدية دون الأرش فيما تسرى إليه ، والظاهر أن هذا الحكم عند مالك[1]

وإن عفا المجروح ثم سرى الجرح إلى النفس ومات فيرى أبو حنيفة وأصحابه ، أن العفو إذا كان بلفظ الجناية أو الجراحة وما يحدث منها صح العفو ولا شىء على القاتل ، لأن لفظ الجناية يتناول القتل ، وكذلك لفظ الجراحة وما يحدث منها ، فكان ذلك عفواً عن القتل ، وأما إذا كان العفو بلفظ الجراحة فقط ولم يذكر ما يحدث منها ، لم يصح العفو عند أبى حنيفة ، وكان الجانى مسؤولا عن القتل العمد ، ولكن تجب الدية بدلا من القصاص درءاً لشبهة العفو ، وعند محمد وأبى يوسف العفو صحيح ولا شىء على القاتل ، لأن العفو عن الجراحة تشمل الجراحة وما يتولد عنها من السراية ، لأن السراية ، أثر

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٤٩ ، المهذب جـ ٢ ص ٢١٢ ، المغنى جـ ٩ ص ٤٧٢ ، شرح الدردير جـ ٤ ص ٢٣٥ ، مواهب الجليل ج ٥ ص ٨٦ ، ٨٧

الجرح ، والعفو عن الشيء عفو عن أثره ، وحجة أبو حنيفة ، أن حق المجني عليه في موجب الجناية أي القصاص لا في عين الجناية أي الجرح وعين الجناية ، ومن لا يتصور بقاؤه فلا يتصور العفو عنه فكان عفو المجني عليه عفوا عن موجب الجراحة وبالسراية تبين أن لا موجب بهذه الجراحة ، وأن الواجب عند السراية هو موجب القتل أي القصاص ، كذلك فإن الجرح غير القتل ، فالعفو عن أحدهما ليس عفوا عن الآخر[1]

ويقترب رأي الشافعي من رأي أبي حنيفة ، فإن كان العفو عن الجناية وديتها وما يحدث منها فلا قصاص ولا دية ، وإن كان عن الجناية فقط سقط القصاص ولم تسقط دية النفس ، لأنه أبرأ منها قبل الوجوب . أما سقوط القصاص فالعفو بعد الوجوب ويسقط في النفس لأنه لا يتبعض[2] وفي مذهب أحمد رأيان : رأي يماثل الشافعي ورأي يماثل رأي أبو يوسف ومحمد[3] أما إذا كان الجرح أو الجناية لا يجب فيه القصاص كجائفة أو قطع يد من الساعد ، فإن العفو لا أثر له عند الشافعي وأحمد ، لأن العفو عن القصاص فيما لا قصاص فيه فلم تصادف العفو محله ، بخلاف ما إذا كان الجرح أو الجناية يجب فيه القصاص ، فإن العفو يصادف محله في الجرح ، ويسقط القصاص في النفس لأنه سقط في الجرح ، إذ القصاص لا يتبعض فإذا سقط في البعض سقط في الكل[4].

وعند مالك إذا كان العفو عن الجرح وما ترامى إليه من عضو أو نفس فالعفو صحيح نافذ وإن كان العفو عن الجرح دون بيان فهو محمول على أنه عفا عما وجب له في الحال ، ويسأل عن السراية للعضو والنفس ، ويعتبر في حالة السراية إلى النفس قاتلاً عمداً ويقتص منه بقسامة في حالة العمد[5]

(١) بدائع الصنائع حـ ٧ ص ٢٤٩
(٢) المهذب حـ ٢ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣
(٣) الشرح الكبير حـ ٩ ص ٤٢٧ وما بعدها ، والمغني حـ ٩ ص ٤٦٩ وما بعدها
(٤) المهذب حـ ٢ الشرح الكبير حـ ٩ ، المغني حـ ٩
(٥) مواهب الجليل حـ ٦ ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ و حـ ٥ ص ٨٦ ، ٨٧

فالفرق بين الشافعي وأحمد وبين مالك ، أنه يجعل القصاص في كل حال .
ولكنهما يجعلانه في حالة ما إذا كانت الجناية لا توجب القصاص ، أي أن رأى مالك يتفق مع رأى أبي حنيفة ويخالفه فقط في أنه لا يدرأ القصاص للشبهة ، ولكن بعض الفقهاء المالكيين يفرق بين ما إذا كان الجرح يجب فيه القصاص أو لا يجب ، ويجعل القصاص قاصراً على الجناية التي لا يجب فيها القصاص .

هل يعتبر عفو المجني عليه وصية للقاتل ؟ : الفصل في هذه المسألة أهميـة كبرى ، لأن اعتبار العفو وصية يوجب أن يكون المعفو عنـه في ثلث التركة حيث لا تصح الوصية في أكثر من ثلث التركة ، فإن كان المعفو عنه في ثلث التركة فالعفو نافذ إذا كان صحيحاً وتوفرت شروطه ، وإن كان المعفو عنه يزيد على ثلث التركة نفذ العفو فيما يساوى ثلث التركة فقط .

وإذا اعتبرنا العفو وصية فهناك رأيان : رأى يقول بأن الوصية لا يجوز أن تكون لقاتل ورأى يرى الجواز ، فإذا أخذ بالرأى الأول كان العفو لغواً إلا في الجرح الحاصل قبله ومن رأى مالك وأبي حنيفة أن عفو المجني عليه لا يعتبر وصية للقاتل ، لأن موجب العمد هو القصاص عيناً ، والعفو ينصب على إسقاط القصاص ، والقصاص ليس مالا يملك والوصية تمليك لما بعد الموت ، فالعفو عن القصاص لا يمكن أن يكون وصية .

ويرى أحمد أن العفو لا يعتبر وصية ولو عبر عنه العافي بلفظ العفو أو الوصية أو الإبراء أو غير ذلك ، لأنه إذا كان الواجب في العمد هو أحـــد شيئين ، القصاص أو الديه ، فإن العفو قبل تعيين أحدهما لا يعتبر عفواً عن مال ، أو بمعنى آخر تمليكاً للمال ، ومن ثم فلا يعتبر وصية ، أما إذا تعين للموجب بأن أبرأه المجني عليه من الدية ، أو أوصى له بها . فالتصرف وصية لأنه تمليك للمال لما بعد الموت ، وقد اختلفوا في المذهب في صحة الوصية لقاتل ، فرأى البعض أن الوصية لا تصح لقاتل ويترتب على هذا الرأى أن الجاني يلزم بدية النفس بعد خصم دية الجرح ، لأن العفو عن الجرح صادف محله فكان إسقاطاً لا وصية ،

ورأى البعض أن الوصية تصح للقاتل ، و يترتب على هذا الرأى أن الدية تسقط إذا كانت تخرج من ثلث التركة ، فإن كانت الدية أكثر من الثلث سقط منها بقدر ثلث التركة ، ووجب الباقى على الجانى(١) .

ومذهب الشافعى على أن العفو إذا جاء فى صيغة الوصية فهو وصية لقاتل ، كأن يقول أوصيت له بأرش هذه الجناية ، فإذا جاء العفو بلفظ العفو أو الإبراء أو الإسقاط فيرى البعض أنه وصية أيضاً لأنه تبرع ، ويرى البعض أنه ليس وصية لأنه إسقاط ناجز ، والوصية معلقة بحالة الموت ، والرأى الأخير هو الراجح وكما اختلفوا فى حكم الوصية للقاتل ، هل هى صحيحة أم لا ؟ فقال البعض إنها صحيحة وهو الرأى الراجح ، وقال البعض إنها غير صحيحة ، ويترتب على هذا الخلاف فى صحة الوصية ماسبق أن بيناه(٢)

الصلح

١٩٠ ـ لا خلاف بين الفقهاء فى جواز الصلح على القصاص وأن القصاص يسقط بالصلح ويصح أن يكون الصلح عن القصاص بأكثر من الدية وبقدرها وبأقل منها والأصل فيه السنة والإجماع فقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله قال : « من قتل عمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا أخذوا الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة وماصولحوا عليه فهو لهم » وفى عهد معاوية قتل هو بة بن خشرم قتلا(٣) فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله

ولما كان القصاص ليس مالا جاز الصلح عنه بما يمكن أن يتفق عليه الفريقان لأنه صلح عما لا يجرى فيه الربا فأشبه الصلح على العروض فيصح أن

(١) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ ، الإقناع جـ ٤ ص ١٨٨
(٢) تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٠٣
(٣) المغنى جـ ٩ ص ٤٧٧

يكون بدل الصلح قليلاً أو أكثر من جنس الدية أو من خلاف جنسها حالا أو مؤجلا بخلاف ما إذا كان الصلح على الدية وليس على القصاص فإنه لا يجوز أن يكون على أكثر مما تجب فيه الدية لأن ذلك يعتبر ربا فثلا لايصح الصلح على الدية مقابل مائة وعشرين من الإبل لأن الدية مائة من الإبل ولأن الزيادة ربا

١٩١ - الفرق بين العفو والصلح : العفو هو إسقاط دون مقابل أما الصلح فهو إسقاط بمقابل وقد ذكرنا أن مالكاً وأبا حنيفة يعتبران العفو عن القصاص على الدية صلحاً لاعفواً لأن الواجب بالعمد عندهما هو القصاص عيناً والدية لا تجب إلا برضاء الجاني فإسقاط القصاص على الدية يقتضي رضا الطرفين فهو صلح لا عفو أما الشافعي وأحمد فيعتبران العفو على الدية عفواً لا صلحاً لأن الواجب عندهما أحد شقي القصاص أو الدية والخيار للولي دون حاجة لرضاء الجاني ومن ثم كان التصرف إسقاطاً من طرف واحد فهو عفو .

١٩٢ - من يملك الصلح : يملك الصلح من يملك حق القصاص وحق العفو وقد سبق أن بينا ذلك بمناسبة الكلام على العفو ونزيد عليه هنا أن الشافعي وأحمد يجعلان العفو للسلطان لولي الصغير والمجنون على الدية أما مالك وأبو حنيفة فيجعلان لهم حق الصلح لا العفو لأن العفو عندهما إسقاط دون مقابل لما بينا ويشترطان أن لا يكون الصلح على أقل من الدية فإن صالح أحدهما على أقل من الدية صح الصلح ووجب باقي الدية في ذمـــة الجاني فإذا كان الجاني معسراً وقت الصلح فيرى مالك عدم الرجوع عليه

١٩٣ - ويصح أن يكون الصلح من المجني عليه ويصح أن يكون من الولي قبل الموت أو بعده وحكم الصلح في هذه الحالات جميعاً هو حكم العفو على الوفاق والخلاف التي ذكرنا في العفو

١٩٤ - وإذا صالح الولي القاتل على مال ثم قتله فهو قاتل له عمداً وقد مرت المسألة في العفو وإذا تعدد الأولياء والقصاص مشترك فصالح أحدهم سقط القصاص عن القاتل وانقلب نصيب الآخرين مالاً لما ذكرنا في العفو وإذا قتله

أحد الآخرين بعد عفو صاحبه فهو على التفصيل والخلاف والوفاق الذى ذكرنا في العفو وإذا تعدد الأولياء ولكل منهم قصاص كامل فصالح ولى أحد القتلى فللآخرين أن يستوفوا ولو تعدد القاتلون فصالح الولى أحدهم كان له أن يقتص من الآخرين وهكذا كل ما ذكر فى العفو ينطبق فى حالة الصلح .

١٩٥ ـ وصلح المجنى عليه حكمه حكم عفوه سواء سرى الجرح وانتهى بالبرء أو الموت على الوفاق والخلاف الذى ذكرنا فى العفو لكن إذا اعتبر الصلح غير نافذ ولم تقره الأولياء فعليهم أن يردوا للجانى مقابل الصلح إذا كان القتيل قد تسلمه

إرث حق القصاص

١٦٩ ـ يسقط القصاص إذا ورثه من ليس له القصاص من القاتل كما يسقط إذا ورثه القاتل كله أو بعضه فإذا كان فى ورثة المقتول ولد للقاتل فلا قصاص لأن القصاص لا يتجزأ وما دام لا يجب بالنسبة لولد القاتل لأن الولد لا يقتص من أبيه فهو لا يجب للباقين وإذا قتل أحد ولدين أباه ثم مات غير القاتل ولا وارث له سوى القاتل فقد ورث القاتل دم نفسه كله ووجب القصاص لنفسه على نفسه فسقط القصاص وكذلك الحكم لو ورث بعضه فإن القصاص يسقط ولمن بقى من المستحقين نصيبهم من الدية[1] ومن الأمثلة التى يضربونها على سقوط القصاص بإرثه ما يأتى

إذا قتل أحد الأبوين صاحبه ولهما ولد لم يجب القصاص لأنه لو وجب لوجب لولده ولا يجب للولد قصاص على والده لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه فلأن لا يجب له بالجناية على غيره أولى وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى أو كان للمقتول ولد سواه أو من يشاركه فى الميراث أو لم يكون لأنه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ولا يمكن وجوبه لأنه إذا لم يثبت بعضه سقط كله لأنه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥١ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٣ ، المهذب ج ٢ ص ١٨٦ المغنى ج ٧ ص ٣٦٢ وما بعدها

لا يتبعض وصار كما لو عفا بعض مستحقي القصاص عن نصيبه منها .

إذا قتل رجل أخاه فورثه ابنه أو أحد يرث ابنه منه شيئاً من ميراثه لم يجب القصاص لما ذكرنا ولو قتل خال ابنه فورثت أم ابنه القصاص أو جزءاً منه ثم ماتت فورثها ابنها سقط القصاص ولا عبرة بكون الابن لم يرث القصاص إلا بعد وقوع القتل إذ القاعدة أن ما منع مقارناً أسقط طارئاً .

ولو قتلت امرأة أخا زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص سواء صار إليه ابتداء أو انتقل إليه من أبيه أو من غيره .

اثنان قتل أحدهما أباه ، والآخر أمه ، فإن كانت الزوجية قائمة حال قتل الأول فالقصاص على قاتل الأم دون قاتل الأب ، لأن الأم ورثت جزءاً من دم الأب فلما قتلت ورثها قاتل الأب فورث جزءاً من دم نفسه فسقط عنه القصاص وبقي له القصاص على أخيه[1] ، وإن لم تكن الزوجية قائمة وقت القتل فعلى كل من الولدين القصاص لأخيه ، لأنه ورث الذي قتله أخوه وحده دون قاتله ، فإن بادر أحدهما فقتل صاحبه فقد استوفى حقه وسقط القصاص عنه ، لأنه يرث أخاه لكونه قتلا بحق ، فلا يمنع الميراث إلا أن يكون للمقتول ابن أو ابن ابن يحجب القاتل فيكون له قتل عمه ، وإذا لم يبدأ أحدهما الآخر بالقتل فقد اختلف أيهما يقتل أولا ، لأن القصاص من أحدهما يسقط القصاص عن الآخر إذا كان يرثه ، ففي مذهب أحمد يرى البعض البدء بمن ارتكب جريمته أولا ويرى البعض الاقتراع بينهما ، والرأي الأخير مذهب الشافعي ، واختلفوا في مذهب أبي حنيفة ، فرأى زفر ترك الأمر للقاضي يبتدىء بأيهما شاء ، ورأى الحسن ابن زياد بأن يوكل كل منهما وكيلا لقتل الآخر فيقتلان في وقت واحد فلا يرث أحدهما الآخر ، وقال أبو يوسف بإسقاط القصاص عنهما معا ، وحجته في ذلك

(١) هذا الحل على مذهب أبي حنيفة والشافعي وأحمد، أما على مذهب مالك فإن على كل ولد القصاص لأخيه كما هو في السطر الثاني من المثال وعلة الخلاف أن الزوجة لا تستحق عند مالك فهي لا ترث شيئاً من حق القصاص عند الأب

تعذر استيفاء القصاص لأنه إذا استوفى أحدهما سقط القصاص عن الآخر ، وليس أحدهما بالاستيفاء أولى من الآخر ، وفى استيفاء أحد القصاصين إبقاء حق أحدهما وإسقاط حق الآخر ، وهذا لا يجوز ، والقول باستيفائهما بطريق التوكيل غير سديد ، لأن الفعلين قلما يتفقان فى زمان ، بل يسبق أحدهما الآخر عادة ، وإذا اتفق الفعلان فإن أثر كل من الفعلين وهو فوات الحياة لا يمكن أن يتفق مع أثر الفعل الآخر ، فإذا تخلف الفعل أو أثره فقد ورث من وقع عليه الفعل المخلف زميله وسقط عنه القصاص فكأنه قتل دون حق[١]

ونلاحظ أن مالكا يفرق بين استحقاق القصاص ووارث حق القصاص فمستحق القصاص هو العاصب الذكر والمرأة التى توفرت فيها شروط خاصة سبق بيانها[٢] فإذا مات من يستحق القصاص ورثه ورثته الذين يرثون للمال من غير خصوصية للعصبة فيرثه البنات والأمهات ويكون لهن العفو والقصاص كما لو كانوا كلهم عصبة لأنهم ورثوه عمن كان ذلك له ولا يستثنى من الورثة إلا الزوجين فإنهما وإن ورثا المال لا يرثان حق القصاص

ويرى أشهب أحد فقهاء مذهب مالك أن القصاص لا يسقط عن الجانى إذا ورث جزءاً من دم نفسه إلا إذا كان من بقى من المستحقين يستقل الواحد منهم بالعفو[٣] أما إذا كان الباقون لا يستقل أحد منهم بالعفو ولا بد فى العفو من إجماعهم عليه فلا يسقط القصاص عن الجانى الوارث لجزء من دمه كمن قتل أخاه شقيقه وترك المقتول بنتين وثلاثة أخوة أشقاء غير القاتل فمات أبوهم ولا وارث له إلا إخوته الثلاثة القاتل والأخوان الآخران فقد ورث القاتل قسطاً من نفسه ولا يسقط القصاص عنه حتى تعفو البنات والأخوان الباقيان أو البعض من كل[٤]. أى من هؤلاء وهؤلاء

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٦٢ وما بعدها ، بدائع الصنائع ص ٢٥١
(٢) راجع الفقرة ١٦٣
(٣) راجع الفقرتين ١٨٤ ، ١٨٥
(٤) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٣

الكفارة

١٩٧ - الأصل في الكفارة قوله تعالى: ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ، ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ﴾ .

١٩٨ - والكفارة عقوبة أصلية وهي عتق رقبة مؤمنة فمن لم يجدها أو يجد قيمتها يتصدق بها فعليه صيام شهرين متتابعين فالصوم عقوبة بدلية لا تكون إلا إذا امتنع تنفيذ العقوبة الأصلية

١٩٩ - وظاهر من النص أن الكفارة شرعت في القتل الخطأ ومن المتفق عليه أنها واجبة في القتل الخطأ وكذلك في القتل شبه العمد لأنه يشبه الخطأ من وجه ولكنهم اختلفوا في وجوبها في القتل فرأى الشافعي أنها تجب في العمد لأنها إذا وجبت في قتل الخطأ مع عدم المأثم فلأن تجب في العمد وشبه العمد وقد تغلظ بالإثم أولى واستند إلى مارواه واثلة بن الأسقع قال أتينا النبي صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد أوجب بالقتل فقال « اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو فيها عضواً منه من النار »[1] .

ولأحمد رأى يتفق مع رأى الشافعي ولكن المشهور في مذهبه أن لا كفارة في القتل العمد وحجة القائلين بأن لا كفارة في العمد أن النص الخاص بالقتل جاء خلواً من الكفارة وأن الله جعل جزاء القتل العمد القصاص من القاتل وجهنم خالداً فيها ومفهوم هذا أن لا كفارة في القتل العمد ويستندون إلى أن سويد بن الصامت قتل رجلا في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فأوجب عليه القود ولم يوجب كفارة

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٣٢٤

وأن عمرو بن أمية الضمرى قتل رجلين فى عهد النبى فوداهما ولم يوجب كفارة(١) .

ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن لا كفارة فى القتل العمد لأن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة فلابد من أن يكون سببها دائر بين الحظر والإباحة لتعلق العبادة بالمباح والقتل بالمحظور وقتل العمد كبيرة محضة فلا تناط به الكفارة ولأن الكفارة من العقوبات المقدرة فلا يجوز إثباتها بالقياس بل لابد من النص عليها(٢) .

ولا يوجب مالك الكفارة فى القتل العمد ، ولكنه يراها مندوباً إليها فى العمد الذى لم يقتص فيه سواء كان عدم القصاص راجعاً لمانع شرعى أو للعفو(٣) .

وسنذكر فيما يلى أحكام الكفارة مقارنة فى المذاهب مع ملاحظة الفرق بين ما يجيزها فى القتل العمد ومن لا يجيزها .

٢٠٠ - على من تجب الكفارة ؟ تجب الكفارة عند الشافعى وأحمد على القاتل أيا كان بالغاً أو غير بالغ عاقلا أو مجنوناً مسلماً أو غير مسلم لا يستثنى من ذلك إلا الحربى فتجب على الذمى والمعاهد والمستأمن(٤) ويرى مالك أنها تجب على الصبى البالغ والعاقل والمجنون ولكنها لا تجب إلا على مسلم لأنها عقوبة تعبدية(٥)

ويرى أبو حنيفة أن الكفارة لا تجب إلا على مسلم بالغ ، فهى لا تجب على الصبى والمجنون وغير المسلم ، لأن الصبى والمجنون لا يخاطبان بالشرائع أصلا ، أى لا مسؤولية عليهما ، ولأن غير المسلم لا يلزم بما هو عبادة ، والكفارة وإن

---

(١) المغنى ج ١ ص ٤٠
(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩١
(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨
(٤) المغنى ج ١٠ ص ٣٨ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٤ ، ٣٦٥
(٥) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨

كانت عقوبة إلا أنها فى الوقت نفسه عبادة ، ويرد على أبى حنيفة بأن الكفارة عقوبة مالية ، والمجنون والصغير وإن لم يسألا عن فعلهما من الناحية الجنائية ، فيما ضامنان له من الناحية المالية ، وأما الكافر فيلزم بها لعموم النص .

٢٠١ — تعدد الكفارة بتعدد الجناة : إذا تعدد الجناة فى قتل يوجب الكفارة لزم كل جان كفارة مستقلة ، وعلى هذا أجمع الأئمة الأربعة ، لأن الكفارة عن الفعل فلا ينقص وتكون كاملة فى حق كل واحد من المشتركين فى القتل كالقصاص يجب على كل مشترك فى القتل

وهناك رواية عن أحمد ورأى فى مذهب الشافعى بأن على الجميع كفارة واحدة ، وهذا يتفق مع رأى أبى ثور والأوزاعى ، وحجة أصحاب هذا الرأى أن النص أوجب فى القتل دية واحدة وكفارة واحدة ، وإذا كان من المسلم به أن الدية لا تتعدد فكذلك يجب أن يكون شأن الكفارة[1]

٢٠٢ — وكفارة القتل كما قلنا هى عتق رقبة مؤمنة فإن لم يجدها القاتل فى ملكه فاضلة عن حاجته ، أو يجد ثمنها فى ماله فاضلا عن كفايته ، فصيام شهرين متتابعين ، فليس نشترط إذن أن تكون الكفارة عتق رقبة بالذات لأنها قيمتها تقوم مقامها ، وعلى هذا يمكن أن نقول . إن الكفارة بعد إلغاء الرق لا تكون عتق رقبة ، وإنما تكون بالتصدق بقيمة الرقبة إذا كان لدى القاتل ما يفيض عن حاجته ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وتقدير قيمة الرقبة يترك لأولياء الأمور .

وإذا لم يستطع القاتل الصيام فيرى البعض ، أن الصيام يثبت فى ذمته حتى يستطيعه أو يستطيع قيمة الرقبة ، ويرى البعض أن على القاتل إذا لم يستطع الصوم أن يطعم ستين مسكيناً قياساً على ما جاء فى كفارة الظهار ، ويعترض على هذا الرأى بأن الله ذكر العتق والصيام فقط فى القتل ، وذكر العتق

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٩ ، ٤٠ والمهذب ج ٢ ص ٢٣٤ مواهب الجليل ج٦ ص٢٦٨

والصيام والإطعام فى الظهار ، ولو وجب الإطعام فى القتل لذكره كما ذكره فى حالة الظهار[1] .

هل تجب الكفارة فى كل قتل ؟ تجب الكفارة فى القتل المحرم فقط ، أما القتل المباح فلا تجب فيه ، كقتل قاطع الطريق والقتل للقصاص وقتل الحرب والقتل دفاعاً عن النفس ، وتجب الكفارة سواء كان القتيل مسلماً أو غير مسلم ، وذكراً أو أنثى ، صغيراً أو كبيراً ، وسواء كان القتل فى دار الاسلام أو دار الحرب باتفاق

واختلف فى قتل النفس ، فرأى الشافعى أن على قاتل نفسه الكفارة فى ماله لأن القتل محرم والنص عام يدخل تحت قتل النفس . وفى مذهب أحمد رأيان أحدهما يرى مايراه الشافعى ، والثانى يرى أن لا كفارة فى قتل النفس لأن النص مقصود به قتل الغير بدليل قوله تعالى ﴿ ودية مسلمة إلى أهله ﴾ وقاتل نفسه لا تجب فيه دية كما أن أن عامر بن الأكوع قتل نفسه خطأ ، ولم يأمر النبى عليه السلام فيه بكفارة ويرى مالك وأبو حنيفة أن لا كفارة فى قتل النفس[2]

القتل المباشر والقتل بالتسبب — وتجب الكفارة عند مالك والشافعى وأحمد سواء كان القتل مباشراً أو تسبباً ، ويرى أبو حنيفة أن لا كفارة فى القتل بالتسبب أيا كان نوعه أى ولو كان خطأ[3]

العقوبات البدلية للقتل العمد

٢٠٣ — عقوبات القتل العمد البدلية ثلاث : الدية ، التعزير ، الصيام والدية والتعزير بدل من القصاص ، والصيام بدل من الكفارة ، وسنبين فيما يلى أحكام هذه العقوبات الثلاث واحدة بعد أخرى

(١) المغنى ج ١٠ ص ٤١ ، المهذب ج ٢ ص ٢٣٤

(٢) شرح الزرقانى ج ٤ ص ٢٥٤ ، المغنى ج ١٠ ص ٣٨ ، ٣٩ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ بدائع الصنائع ص ٢٥٢

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٣ ، المغنى ج ١٠ ص ٣٣ ، المهذب ج ٢ ص ٢٣٤ .

اولا الدية

٢٠٤ – الأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والإجماع فأما الكتاب فقوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ﴾

وأما السنة فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم كتابا إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وقال فيه « وإن في النفس مائة من الإبل » وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة

٢٠٥ – والدية في القتل العمد ليست عقوبة أصلية وإنما هي عقوبة بدلية قررت بدلاً من العقوبة الأصلية وهي القصاص، وتحل الدية محل القصاص كلما امتنع القصاص أو سقط بسبب من أسباب الامتناع أو السقوط بصفة عامة، مع مراعاة أن هناك حالات يسقط فيها القصاص ولا تحل محله الدية كحالة العفو مجاناً وكحالة موت الجاني عند مالك وأبي حنيفة، ولقد سبق أن بينا بتفصيل حالات سقوط القصاص والآراء المختلفة فيها وما يحل محل القصاص

ولا يعتبر الدية في حالة قتل الأب ولده عقوبة أصلية. لأن العقوبة الأصلية للقتل هي القصاص وإنما استثنى الأب منها لقوله عليه السلام « لا يقاد الوالد بولده » والتعبير بلفظ يقاد دليل على أن القود هو الأصل ولكن صلة الأبوة تمنع منه فحلت الدية محله

٢٠٦ – الأجناس التي تجب فيها الدية تجب الدية عند مالك وأبي حنيفة في ثلاث أجناس الإبل والذهب والفضة[1]

ولا تجب الدية فيها كلها، وإنما في واحد منها، فإذا قضيت الدية من الإبل أو من الذهب أو من الفضة فالقضاء صحيح، لأن كل واحد من هذه الأجناس

---

(١) وحجتهما أن رسول الله قال « في النفس المؤمنة مائة من الإبل » وأنه جعل دية كل ذي عهد على عهده ألف دينار

يقوم مقام الآخر ويرى أحمد ومعه أبو يوسف ومحمد، أن الدية تجب في ستة أجناس الإبل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل[1]

وكان الشافعي يرى قديماً رأى مالك وأبي حنيفة ثم عدل عنه وقال . إن الدية تجب في جنس واحد هو الإبل، وأساس رأى الشافعي الأخير، أن الإبل هي الأصل في الدية، وأن ما عدا الإبل من الذهب أو الفضة أو غيرها أبدال تزيد وتنقص بحسب زيادة قيمة الإبل ونقصها وليست هذه الأبدال أصولا

وحجة الشافعي حديث الزهري قال : «كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة من الإبل، قيمة كل بعير أوقية، ثم غلت قيمة الإبل فصارت قيمة كل بعير أوقية ونصفا ثم غلت فصارت قيمة كل بعير أوقيتين، فما زالت تعلو حتى جعلها عمر عشرة آلاف درهم أو أربعمائة دينار» ويستدل الشافعي على أن الأصل هو الإبل بأن التغليظ جاء في الإبل لا في غيرها فلو كان غيرها أصولا لجاء فيها التغليظ أيضاً[2]

وباقي الفقهاء يسلمون بأن الإبل هي الأصل في الدية، وأن تقدير الذهب والفضة وغيرها روعي فيه وقت التقدير قيمة الإبل، ولكنهم لا يعتبرون ما عدا الإبل أبدالا عنها، ويرون أن الذهب والفضة أصبحت أصولاً، أو يرون أنها والدية جميعاً أبدال من التلف وهو القتيل، فصفتها واحدة ولا يتميز جنس منها عن جنس

وأهمية اعتبار أحد هذه الأجناس أصلاً أو عدم اعتباره تظهر عند تسليم

---

(١) وحجتهم عمل عمر رضي الله عنه فإنه قضى بالدية من هذه الأجناس جميعاً حين كانت الديات على العواقل، وروى عن عمرو بن شعيب أنه قام خطيبا فقال ألا إن الإبل قد غلت، فقوم على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثنى عشر ألفاً، وعلى أهل البقر مائتى بقرة، وعلى أهل الشاه ألفى شاه، وعلى أهل الحلل مائتى حلة

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٩٩ وما بعدها، المهذب ج ٢ ص ٢٠٩ وما بعدها

الدية ، فإذا اعتبرت الإبل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل أصولا ، لم يكن لولى الدم أن يمتنع عن تسلم أى شيء منها أحضره من عليه الدية ، ويلزم الولى بأخذه دون أن يكون له المطالبة بغيره لأنها جميعاً أصول وقضاء الواجب يجزى واحد منها ، فالخيرة فيها لمن وجبت عليه الدية لا لمن وجبت له ، أما إذا قيل إن الإبل هى الأصل خاصة فعلى القاتل تسليمها للولى سليمة من العيوب ، وأيهما أراد العدول عنها إلى غيرها فللآخر منعه لأن الحق متعين فيها ، وإذا أعوزت الإبل ولم توجد فعلى القاتل ثمنها مهما بلغت قيمة الإبل ولو زادت عن ألف دينار واثنى عشر ألف درهم ، وكان رأى الشافعى قديماً كرأى مالك وأبى حنيفة يقضى فى حالة إعواز الإبل بدفع ألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم ، لأنه كان يعتبر الإبل والذهب والفضة أصولا كلها وإذا قلت قيمة الإبل بحسب رأى الشافعى ولم تصل إلى ألف دينار فالولى ملزم بأخذها مهما قلت قيمتها ، لأن ما وجب من نوع من المال وجبت قيمته كذوات الأمثال ، ولأن حق الولى يتعين فى الإبل دون غيرها فليس له أن يطالب بأكثر منها[(١)]

٢٠٧ - *مقدار الواجب من كل جنس* : الواجب من الإبل هو مائة من الإبل ومن الذهب ألف دينار والدينار مثقال من الذهب ومن الورق اثنا عشر ألف درهم طبقاً لرأى مالك وأحمد ورأى الشافعى القديم وعشرة آلاف درهم طبقاً لرأى أبى حنيفة وأساس الخلاف أن الفريق الأول يجعل الدينار اثنى عشر درهماً والفريق الثانى يجعله عشرة دراهم ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفان ومن الحلل مائتا حلة ويلاحظ مما ذكرنا عن الاتفاق والاختلاف على تقدير هذه الأجناس

٢٠٨ - *على من تجب الدية فى القتل العمد* : من المتفق عليه أن دية القتل العمد تجب فى مال القاتل فلا يحملها غيره عنه وهـــذا يتفق مع مبادىء

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠ ، المغنى ج٩ ص٤٨٨ ، المهذب ج ٢ ص ٢٠٩

الشريعة العامة التي تقضي بأن مثل التلف يجب على المتلف وأن أرش الجناية على الجاني ويتفق مع قول الرسول عليه السلام « لايجني جان إلا على نفسه » والواقع أن الجناية هي أثر فعل الجاني فيجب أن يختص بضررها كما يختص بنفعها

مقدار ما يلزم به القاتل عند التعدد إذا تعدد الجناة ولم يكن قصاص فعليهم دية واحدة للقتيل تقسم عليهم بحسب عددهم ولا يلتزم كل منهم بدية مستقلة وإذا عفى عن بعض الجناة على الدية واقتص من البعض الآخر فعلى المعفو عنهم كل منهم حصته فقط من الدية مقسمة على عدد رؤوس القاتلين من اقتص منه ومن عفا عنه

وإذا نتج الموت من عدة أسباب كأن طعنه شخص عمداً برمح وأصابه آخر خطأ وعقرته دابته بعد ذلك فمات من هذه الحالات الثلاثة فعلى المتعمد ثلث الدية بغض النظر عن عدد ما أحدثه من إصابات ولا يلتزم كل واحد من القاتلين بدية مستقلة حال العفو أو امتناع القصاص ولو أن عليهم القصاص جميعاً ذلك لأن القصاص عقوبة على الفعل فيتعدد بتعدد الفاعلين أما الدية فبدل المحل المتلف وهو واحد[1]

٢٠٩ـ ولكن الفقهاء مع هذا اختلفوا فيمن يحمل دية القتيل إذا كان القاتل حدثاً صغيراً أو مجنوناً فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الدية الواجبة على الصغير والمجنون تحملها العاقلة ولو تعمدا الفعل لأنهم يرون أن عمد الصغير والمجنون خطأ لا عمداً إذ لا يمكن أن يكون لهما قصد صحيح فألحق عمدهما بالخطأ وفي مذهب الشافعي رأيان أحدهما يتفق مع رأى باقي الأئمة وهو المرجوح والثاني يرى أن عمد الصغير والمجنون عمد لأنه يجوز تأديبهما على القتل العمد وإن كان لا يمكن القصاص منهما فكان عمدهما عمداً كالبالغ العاقل وعلى هذا تجب الدية في مالهما[2]

---

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٤، ٣٣٦

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤١، شرح الدردير ص ٢١، المغني ج ٩ ص ٥٠٦
المهذب ج ٢ ص ٢١

٢١٠ - أوصاف الإبل فى دية العمد : — يرى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الدية فى القتل العمد مائة من الإبل تقسم أرباعاً خمس وعشرون بنات مخاض وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة

ويرى الشافعى ومحمد بن الحسن من فقهاء مذهب أبى حنيفة ولأحمد رأى يتفق معهما أن دية العمد مائة من الإبل مثلثة ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة فى بطونها أولادها وحجة هؤلاء ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال . « من قتل متعمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوه وإن شاؤوا أخذوا الدية وهى ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وما صولحوا عليه فهو لهم » .

ومارواه عبد الله بن عمرو من أن رسول الله قال « ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها » وما رواه عمرو بن شعيب من أن رجلا يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة[1] والخلفة الحامل وقول الرسول فى بطونها أولادها تأكيد وقلما تحمل إلا ثنية وهى التى لها خمس سنين ودخلت فى السادسة وأى ناقة حملت فهى خلفة تجزئ فى الدية ولو لم تبلغ السن لأن لفظ خلفة مطلق ولو أسقطت قبل قبضها فعلى القاتل بدلها .

٢١١ - هل تغلظ الدية من العمد ؟ يرى مالك تغليظ الدية من العمد فى حالة واحدة هى قتل الوالد لولده فى هذه الحالة تغلظ الدية وتكون مثلثة بدلاً من كونها مربعة ويلزم القاتل بمائة من الإبل ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة[2] فإن لم تكن إبل فالتغليظ من الذهب أو الفضة وذلك بأن ينظر قيمة الإبل متغلظة وقيمتها غير مغلظة والفرق بينهما ثم تضاف مثل نسبة

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، بدائع الصنائع ص ٢٥٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٠٩ والمغنى ج ٩ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٧

هذا الفرق على الذهب أو الفضة فثلا إذا كانت قيمة الدية من الإبل مخمسة ستمائة وقيمتها مغلظة ثمانمائة فالفرق بينهما يساوى المخفضة فيضاف على الذهب أو الورق مايساوى ثلثه ويرى أحمد أن الدية تغلظ فى العمد لأسباب ثلاثة هى : القتل فى الحرم ، والقتل فى الشهور الحرم ، وقتل المحرم واختلفوا فى المذهب فى التغليظ لقتل ذى رحم محرم وصفة التغليظ عند أحمد أن يضاف لكل واحد من أسباب التغليظ ثلث الدية فإذا اجتمعت الأسباب الثلاثة وجبت ديتان ولا يرى الشافعى التغليظ فى العمد وإنما يراه فى الخطأ كما سنرى فيما بعد وقد احتج عليه فقهاء مذهب أحمد بأنه إذا جاز التغليظ فى الخطأ فهو فى العمد أولى والظاهر أن الشافعى لم ير التغليظ فى العمد لأنه جعل دية العمد مغلظة إذ جعلها مثلثة بينما جعلها أحمد مربعة[1] ولا يرى أبو حنيفة التغليظ فى العمد لأنه يرى دية العمد مغلظة بالنسبة لغيرها إذ هى مربعة بينما دية الخطأ مخمسة ولأنها فى مال الجانى بينما دية الخطأ على العاقلة[2] .

٢١٢ — وقت الدية فى العمد : يرى مالك والشافعى وأحمد أن الدية فى العمد تجب حالة غير مؤجلة إلا إذا رضى ولى الدم بالتأجيل فيكون التأجيل مرجعه الاتفاق وحجتهم أن الدية فى العمد بدل القصاص وهو حال فتكون مثله حالة ولأن فى التأجيل تخفيفاً والعامد لا يستحق التخفيف[3]

ويرى أبو حنيفة أن دية العمد تجب مؤجلة لثلاث سنوات كما هو الأمر فى دية الخطأ ويكفى العامد تغليظاً تثبيت الدية وجعلها فى ماله[4]

٢١٣ — هل تساوى الديات لكل الأشخاص ؟ تختلف الديات لسببين أولهما الجنس ، وثانيهما التكافؤ والأول متفق عليه والثانى مختلف فيه وفيما عدا

(١) المغنى جـ ٩ ص ٤٩٩ وما بعدها ، المهذب جـ ٢ ص ٢١٠
(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٥٧
(٣) شرح الدردير ص ٢٥٠ ، المغنى جـ ٩ ص ٤٨٩ ، نهاية المحتاج ص ٣٠
(٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٥٧

هذين السنين فلا اختلاف فدية الصغير كدية الكبير ودية الضعيف كدية القوى ودية المريض كدية الصحيح ودية المتعلم كدية الجاهل ودية الشريف كدية الوضيع

٢١٤ ـ الجنس : اتفق الفقهاء على أن دية المرأة فى القتل نصف دية الرجل أخذاً بما سنه الرسول حيث كتب فى كتاب عمرو بن حزم دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد أجمع الصحابة على هذا فيروى عن عمر وعلى وعثمان وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم أنهم قالوا إن دية المرأة على النصف من دية الرجل ولم ينقل أن أحداً أنكر عليهم فيكون إجماعاً ولأن للمرأة فى ميراثها وشهادتها على النصف من الرجل فكذلك فى ديتها[1]

٢١٥ ـ التكافؤ : أساس التكافؤ عند من يقول به من فقهاء الشريعة الحرية والإسلام فإذا تكافأ الأشخاص فقد تساوت دياتهم ولا عبرة بما بينهم من اختلافات طبيعية أو غير طبيعية ولقد ألغى الرق من العالم فلا محل للكلام على الحرية ولكننا نستطيع أن نلخص رأى الفقهاء فى ذلك فنقول إنهم كانوا يجعلون دية الرقيق قيمته التى يساويها وقت القتل فإن كانت أكثر من دية حر فهى ديته وإن كانت أقل فهى ديته

أما الإسلام فلا يراه أبو حنيفة مانعاً من التكافؤ لأن أساس التكافؤ عنده الحرية فقط ومن ثم فدية المسلم عنده تساوى دية غير المسلم سواء كان كتابياً أو غير كتابى كالمجوسى وعابد الوثن أو الشمس وحجة أبى حنيفة أن الله تعالى قال ﴿ فإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فديةٌ مسلمةٌ إلى أهله ﴾ فأطلق القول فى الدية فى جميع أنواع القتل من غير فصل فدل أن الواجب فى الكل على قدر واحد كذلك فإن الرسول عليه السلام جعل دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار وروى أن عمرو بن أمية الضمرى قتل منافقين فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٤ ، المغنى ج ٩ ص ٥٣١ ، المهذب ج ٢ ص ٢١١ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٨ .

فيهما بدية حرين مسلمين وعن الزهرى أنه قال: قضى أبو بكر وعمر فى دية الذمى بمثل دية المسلم وروى عن ابن مسعود أنه قال: دية أهل الكتاب مثل دية المسلمين ثم إن وجوب كمال الدية أساسه كمال حال القتيل فما رجع إلى أحكام الدنيا وهى الذكورة والحرية والعصمة وقد وجد كل هذا أما الكفر فلا يؤثر فى أحكام الدنيا[1]

ويرى مالك والشافعى وأحمد أن دية الكتابى على النصف من دية المسلم وأن دية نسائهم على النصف من دياتهم وحجتهم ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله عليه السلام قال « دية المعاهد نصف دية المسلم » وفى لفظ آخر عقل الكتابى نصف عقل المسلم ويرى أحمد وحده أن المسلم إذا قتل ذمياً تضاعف عليه الدية فتكون دية الذمى دية كاملة وحجته أن عثمان قضى بهذا فى رجل قتل رجلا من أهل الذمة .

ودية المجوس عند الأئمة الثلاثة ثمانمائة درهم ونساؤهم على النصف من دياتهم وعبدة الأوثان ومن لا كتاب له فيلحقون بالمجوسيين[2] وحجتهم أن بعض الصحابة قضى بهذا وأن المجوس ومن لا كتاب له أنقص مرتبة من الكتابى لنقصان دينه

ونظرية أبى حنيفة فى التسوية بين الأشخاص دون نظر إلى أديانهم متفق مع الاتجاهات الحديثة فى التشريعات الوضعية الحديثة فهى تسوى بين الأشخاص ولو اختلفت أديانهم فى المسائل التى لا تبنى على الدين والمتعلقة بالدنيا .

ثانياً : التعزير .

٢١٦ - يعتبر التعزير عقوبة بدلية فى القتل العمد ويوجب مالك أن يعاقب القاتل تعزيراً كلما امتنع القصاص أو سقط عنه لسبب من الأسباب فيما عدا سقوطه بالموت طبعا وسواء بقيت الدية أم سقطت هى الأخرى ويرى أن

---

(١) بدائع الصنائع ص ٢٥٥

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٨ ، المغنى ج ٩ ص ٥٢٧ وما بعدها ، المهذب ج ٢ ص ٢١١

تــكون العقوبة الحبس لمدة سنة والجلد مائة جلدة[1]

ولا يرى باقى الأئمة هذا ويقولون . إن هذا حق الله تعالى أى حق الجماعة بعد سقوط القصاص وهى تأديب القاتل يرجع نفعه للناس كافة ونقل ابن رشد عن أبى ثور أن القاتل إذا كان معروفاً بالشر وسقط القصاص عنه بسبب عفو ولى الدم فإن الإمام يؤدبه على قدر مايرى . والأئمة الثلاثة لا يوجبون عقوبة معينة على القاتل إذا سقط القصاص أو عفى عنه ولــكن ليس عندهم مايمنع من عقاب القاتل عقوبة تعزيرية بالقدر الذى تراه الهيئة التشريعية صالحا لتأديبه وزجر غيره

ويلاحظ الفرق الظاهر بين عقوبة التعزير التى تحل محـــل القصاص وبين عقوبة التعزير على جرائم الشروع فى القتل الخائبة فالعقوبة فى الحالة الأولى بدلية وفى الحالة الثانية أصلية . كذلك هناك فرق بين عقوبة التعزير التى توقع على الشركاء وبين العقوبة فى الحالة الأولى فعقوبة الشركاء أصلية لأن الشريعة لا تعاقب الشركاء بالقصاص ولا الدية وإنما تعاقبهم بالتعزير عدا مايراه مالك فى حالة الاشتراك بالمساعدة أما عقوبة التعزير فى الحالة الأولى فهى بدلية ولو أنها واقعة على الفاعل الأصلى

وليس فى الشريعة مايمنع أن تــكون عقوبة التعزير فى جريمة القتل الإعدام أو الحبس مدى الحياة .

ثالثاً ـ الصيام

٢١٧ ـ الصيام عقوبة بدلية لعقوبة الــكفارة الأصلية وهى العتق ولا يجب الصيام إلا إذا لم يجد القاتل الرقبة أو قيمتها فاضلة عن حاجته فإن وجدها فلا يجب الصيام عليه وإن لم يجد وجب عليه الصيام .

٢١٨ ـ ومدة الصوم شهران ويشترط فى الصيام أن يكون متتابعا فإذا كان متفرقا لم يجزىء وتحتسب المدة بالأهلة إذا صام من أول الشهر ولو

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨

كان أحد الشهرين ناقصاً وإذا صام من وسط الشهر تحتسب المدة بالأيام باعتبار الشهر ثلاثين يوماً[1] .

٢١٩ - وإذا لم يستطع الصوم لمرض أو كبر فيرى مالك وأبو حنيفة وبعض فقهاء مذهبي الشافعي وأحمد أن الصوم يثبت في ذمته وليس عليه شيء آخر بدلاً من الصوم ويرى بعض فقهاء مذهبي الشافعي وأحمد أن عليه إطعام ستين مسكيناً قياساً على كفارة الظهار فقد نص فيها على العتق وعلى الصيام ثم الإطعام عند العجز عن العتق والصيام[2] .

٢٢٠ - ولا يجب الصيام أصلاً إلا على بالغ عاقل[3] ويترتب على هذا أن الصيام يجب تأخيره لحين البلوغ أو الإفاقة عند من يقول بأن الكفارة واجبة على الصبي والمجنون

العقوبات التبعية للقتل العمد

٢٢١ - العقوبات التبعية للقتل عقوبتان الأولى الحرمان من الميراث الثانية الحرمان من الوصية .

« أولا » الحرمان من الميراث

٢٢٢ - الأصل في ذلك قوله عليه السلام. «ليس للقاتل شيء من الميراث وليس للقاتل ميراث بعد كصاحب البقرة » .

وقد اختلف الفقهاء في تطبيق النص اختلافاً كبيراً بحيث لا يتفق مذهبان في هذه المسألة

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٢٧ ، مجمع الأنهر ج ١ ص ٤٢٦ ، المهذب ج٢ ص١٢٩ الإقناع ج ٤ ص ٩٢

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ ، البحر الرائق ج٨ ص ٣٢٩ المهذب ج٢ ص٢٣٤ المغني ج ١٠ ص ٤١

(٣) مجمع الأنهر ج ١ ص ٢٢٤ ، مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٩٥ والمهذب ج١ ص١٨٩

٢٢٣ ـ فالإمام يرى أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد سواء كان القتل مباشرة أو تسببا وسواء اقتص من القاتل أو درىء عنه القصاص بسبب ما .

ويلاحظ أن القتل العمد عند مالك يشمل القتل شبه العمد أيضاً لأنه يقسم القتل إلى عمد وخطأ . أما القتل الخطأ عند مالك . فلا يحرم القاتل من ميراث المقتول وإنما يحرمه فقط من الدية التي وجبت بالقتل واختلف في مذهب مالك في الصغير والمجنون إذا قتلا عمدا هل يمنعان من الميراث أم لا ؟ فرأى البعض أن لا يمنعا من الميراث لأن عمدهما كخطئهما ، ورأى البعض حرمانهما من الميراث وهو الراجح في المذهب .

وإذا كان القتل عمداً ولكنه غير عدوان فلا يحرم من الميراث كالقتل دفاعا عن النفس فمن قتل والده دفاعاً عن نفسه يرث والده والحاكم الذي ينفذ القصاص أو الحد على والده يرثه[١]

٢٢٤ ـ ويرى أبو حنيفة أن القتل العمد ، والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، وما جرى مجرى الخطأ . كل هذه الأنواع من القتل تحرم القاتل من الميراث بشروط

أولها : أن يكون القتل مباشراً فإن كان القتل بالتسبب فلا حرمان من الميراث ، ولو كان القتل عمداً

وثانيها أن يكون القاتل بالغاً عاقلا ، فإن كان صغيراً أومجنونا فلاحرمان.

وثالثها . أن يكون القتل في العمد وشبه العمد عدوانا، فإن كان بحق كالقتل دفاعا عن النفس فلا يكون القتل مانعاً من الميراث[٢]

٢٢٥ ـ واختلف أصحاب الشافعي . فمنهم من فرق بين القتل المضمون وبين القتل غير المضمون ورأى الحرمان من الميراث إذا كان القتل مضمونا لأنه

(١) شرح الدردير ـ ٤ ص ٤٣٢ ، مواهب الجليل ـ ٦ ص ٤٢٢

(٢) البحر الرائق ـ ٨ ص ٤٨٨ ـ ٥٠٠

قتل بغير حق ، أما القتل غير المضمون فلا يمنع من الميراث لأنه قتل بحق ومنهم من قال — إن كان متهماً باستعجال الميراث حـــرم من الميراث كما في القتل الخطأ ، وكما لو حكم حاكم في الزنا على أساس البينة على مورثه فإنه يحرم لأنه متهم في قتله لاستعجال الميراث ، وإن لم يكن متهما باستعجال الميراث فلا حرمان لو حكم عليه في الزنا بإقراره .

والرأي الراجح في المذهب غير هذين : وهو أن القاتل يحرم من الإرث في كل حال سواء كان القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ ، وسواء كان مباشرة أو تسببا ، وسواء كان القتل بحق أو بغير حق وسواء كان القاتل بالغاً عاقلا أو صغيراً مجنونا ، وأصحاب هذا الرأي يرون أن الحرمان من الميراث قصد به سد الذرائع ومنع المورث من استعجال الميراث (١)

٢٢٦ — ويرى أحمد أن القتل المضمون هو القتل المانع من الإرث سواء كان عمداً أو شبه عمد أو خطأ وسواء كان مباشرة أو تسبباً ، وسواء كان من صغير أو مجنون أو من بالغ عاقل ، أما القتل غير المضمون فلا يمنع من الميراث كالقتل دفاعاً عن النفس والقتل قصاصا . ويعللون حرمان الصبي والمجنون من الميراث مع أن كليهما ليس أهلا بأن ما فعله أحدهما هو فعل محرم لكنه لم يعاقب عليه عقوبة الحد لقصور أهليته ، وامتنـــاع القصاص لقصور الأهلية لا يمنع من حرمان الميراث ، بل إن الاحتياط يقتضي المنع من الميراث صونا للدماء (٢)

«ثانياً» الحرمان من الوصية

٢٢٧ — الأصل في الحرمان من الوصية قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لقاتل » ، « ليس لقاتل شيء » وذكره « الشيء » منكرة في محل النفي يعم الميراث والوصية جميعا

---

(١) المهذب حـ ٢ ص ٢٦

(٢) الإقناع حـ ٣ ص ١٢٣ وراجع أحكام المرأة ص ٥٨٦ وما بعدها مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة

وقد اختلف الفقهاء فى تفسير هذين النصين وتطبيقهما :

٢٢٨ ـ فى مذهب مالك يفرقون بين القتل العمد والخطأ كما فرقوا فى الميراث ، ويتفقون على أن القتل الخطأ لا يصلح سبباً للحرمان من الوصية ، فالقاتل خطأ تصح الوصية له فى المال ولو لم يكن المقتول عالماً بأنه هو قاتله ، فإن علم بأنه قاتله وأوصى له صحت الوصية فى المال وفى الدية .

ولكنهم اختلفوا فى القتل العمد فرأى بعضهم أن الوصية لا تصح إذا كان المقتول لا يعلم أن الموصى له قاتله ، فإن علم بأنه قاتله وأوصى له بعد الجناية فالوصية تصح فى المال ولا تصح فى الدية لأن الدية مال لم يجب إلا بالموت . وعلى هذا إذا كانت الوصية قبل الجريمة فإنها تبطل بارتكاب جريمة العمد إلا إذا رأى المقتول البقاء على الوصية .

ويرى البعض الآخر أن الوصية تصح للقاتل عمداً سواء علم الوصى بأنه قاتله أو لم يعلم ويستوى عند أصحاب هذا الرأى أن تكون الوصيـة قبل القتل أو بعده فهى صحيحة فى الحالين[1]

٢٢٩ ـ ويرى أبو حنيفة حرمان القـاتل من الوصية فى القتل العمد العدوانى وشبه العمد العدوانى والخطأ وما جرى مجرى الخطأ بشرط أن تكون القتل مباشراً لا قتلاً بالتسبب وأن يكون القاتل بالغاً عاقلاً فإن كان القتل بالتسبب أو كان القاتل صغيراً أو مجنوناً أو كان القتل ليس عدوانا فلا يحرم القـاتل من الوصية[2] ، ويرى أبو حنيفة ومحمد أن الوصية تصح إذا أجازها الورثة ، ويرى أبو يوسف أنها لا تصح للقاتل ولو أجازها الورثة لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة والقتل لا ينعدم بإجازة الورثة

٢٣٠ ـ وفى مذهب الشافعى وأحمـد نظريتان أما الأولى فيرى أصحابها أن الوصية لا تصح لقاتل وأصحاب هذه النظرية يقسمون بعد ذلك إلى

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٦٨ شرح الدردير ص ٣٧٩
(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٩ ـ ٣٤

فريقين : فريق يرى أن الوصية لاتصح ولو أجازها الورثة لأن المانع من الوصية هو القتل لامصلحة الورثة وإجازة الورثة تكون هبة مبتدأة ينبغى أن تتوفر فيها شروط الهبة ، وفريق آخر يرى أن الوصية تصح بإجازة الورثة .

والنظرية الثانية يرى أصحابها أن الوصية صحيحة فى كل حال للقاتل دون حاجة لإجازة الورثة

عقوبات القتل شبه العمد

٢٣١ ـ العقوبات على القتل شبه العمد منها ماهو أصلى : وهو الدية والكفارة ، ومنها ماهو بدل . وهو التعزير والصيام ، ومنها ماهو تبعى وهو الحرمان من الميراث والحرمان من الوصية

العقوبات الأصلية

أولا ـ الدية

٢٣٢ ـ الدية: هى العقوبة الأصلية الأساسية للقتل شبه العمد والأصل فيها قوله عليه الصلاة والسلام : «ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل »

وتعتبر الدية فى شبه العمدعقوبة أصلية لأنها ليست بدلامن عقوبة أخرى ، ولأنها العقوبة الأساسية لهذا النوع من القتل ، ولكن الدية فى القتل العمد تعتبر عقوبة بدلية لا أصلية لأنها بدل من عقوبة القصاص وهى العقوبة الأصلية للقتل العمد

٢٣٣ ـ الأجناس التى تجب فيها دية القتل شبه العمد : تجب دية القتل شبه العمدفى نفس الأجناس التى تجب فيها الدية فى القتل العمد فهى عند الشافعى تجب فى الإبل وحدها ، وعند مالك وأبى حنيفة تجب فى ثلاثة أجناس هى : الإبل والذهب والفضة وعند أحمد وأبى يوسف ومحمد تجب فى ستة أجناس هى الإبل والذهب والفضة والشعيروالغنم والحلل .

وقد بينا أسباب هذا الخلاف وسند كل فريق وأهمية هذا الخلاف وما قلناه عن هذا كله في دية القتل العمد يغني عن إعادته هنا[1] .

٢٣٤ – مقدار الواجب من كل جنس : المقدار الواجب من كل جنس في دية شبه العمد هو نفس المقدار الواجب في دية القتل العمد وقد سبق أن ذكرنا ما فيه الكفاية بمناسبة الكلام عن دية القتل العمد[2] .

٢٣٥ – هل تتساوى الديات لكل الأشخاص ؟ تختلف الديات لسببين أولهما: الجنس وثانيهما التكافؤ ، والأول متفق عليه والثاني مختلف فيه وقد تكلمنا عن هذا الموضوع بما فيه الكفاية في الفقرة « ٢١٢ » وما قيل هناك هو ما يمكن أن يقال هنا

٢٣٦ – أوصاف الإبل في دية شبه العمد هي نفس أوصافها في دية العمد على الخلاف والوفاق الذي سبق ذكره هناك مع ملاحظة أن شبه العمد يدخل في العمد عند مالك إلا ما كان على وجه اللعب أو التأديب لأن القتل عنده إما عمد وإما خطأ

٢٣٧ – هل تغلظ الدية في شبه العمد . لا نرى التغليظ في شبه العمد إلا أخذ للأسباب التي بيناها عند الكلام على التغليظ في دية العمد وصفة التغليظ وكيفيته هناك هي صفته وكيفيته هنا ومن يقول من المالكية بشبه العمد يرى أن الدية تغلظ في شبه العمد وهو ضرب المؤدب والأب ولده والأم والأجداد وفعل الطبيب والخاتن وهو كل من جاز فعله شرعاً ، وقيل اللطمة والوكزة والرمية والحجر والضرب بعصاة متعمداً فهذا شبه العمد وتكون فيه دية مغلظة على الجاني وليست على العاقلة[3] والرأي المشهور في مذهب مالك أنه لا يعرف شبه العمد

(١) راجع الفقرة ٢٠٦ .
(٢) راجع الفقرة ٢٠٧
(٣) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢٦ ، شرح الدردير جـ ٤ ص ٢٣٧

٢٣٨ - على من تجب دية شبه العمد ؟ يرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد وهم القائلون بالقتل شبه العمد أن دية شبه العمد تجب على العاقلة وليست فى مال الجانى ، ويخالفهم فى هذا ابن سيرين والزهرى والحارث العكلى وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور وأبو بكر الأصم ، ويرون أن دية القتل شبه العمد على القاتل فى ماله لأنها موجب فعله الذى تعمده فلا تحمله عنه العاقلة كما هو الحال فى العمد المحض ، وهذا هو مقتضى مذهب مالك ، لأن شبه العمد عنده فى حكم العمد ، وهو يحمل الدية فى العمد فى مال القاتل ، فكأن مايعتبر شبه عمد عند مالك إذا وجبت فيه الدية وجبت فى مال القاتل لا فى مال العاقلة[1] .

وحجة القائلين بتحميل الدية العاقلة ماروامأبو هريرة قال : « اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وماق بطنها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية المرأة على عاقلتها أى على عاقلة الجانية » ويقولون إن القتل العمد يختلف عن القتل شبه العمد فى الأول يقصد الجانى الفعل ويقصد القتل فغلظ على الجانى من كل وجه ، أما فى الثانى فيقصد الجانى الفعل ولا يقصد القتل ، فغلظ عليه من وجه حيث حملت عليه الدية مغلظة كما هو الحال فى دية العمد ، وخففت عليه من وجه لأنه لا يقصد القتل وحملت الدية على العاقلة كما هو الحال فى القتل الخطأ .

هل تجب الدية على الجانى ابتداء أم على العاقلة ؟ اختلفوا فى التصوير القانونى لتحميل الدية فى مذهب الشافعى وأحمد أنها تجب على العاقلة ابتداء ولا تجب على الجانى لأنه لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحملهم ورضاهم بها ، فهم ملزمون رضوا أم لم يرضوا ولا تجب على غيرهم ، والأرجح فى المذهب أنها تجب ابتداء على الجانى لأنه هو الذى ارتكب الجناية ثم تنتقل منه إلى العاقلة تخفيفاً عنه ومناصرة له ولأن حفظ القاتل فى الواقع واجب على عاقلته فإذا لم يحفظوه فقد فرطوا ، وهذا التفريط يقتضى منهم أن يتحملوا بعض نتائج ذنبه خصوصاً وأن القاتل يقتل بظهر عشيرته ، فكانوا كالمشاركين له فى القتل ، وعلى هذا الرأى أبو حنيفة ومالك[2] .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ ، المغنى ج ٩ ص ٤٩١ ، المهذب ج ٢ ص ٢٠٩
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٠٠ ، المغنى ص ٥٢٥ - ٥٢٦

وتظهر نتيجة الفرق بين الرأيين إذا لم يكن للجانى عاقلة ، أو كان له ولكنها لا تستطيع حمل الدية ، فإن أخذنا بالرأى الأول وجب ألا يرجع على الجانى بالدية ، وإن أخذنا بالرأى الثانى وجب أن يرجع عليه بها لأنه هو الجانى المسؤول عن الدية أصلاً[1] .

٢٣٩ - متى تؤدى دية شبه العمد : من المتفق عليه بين الأئمة الثلاثة أن دية شبه العمد ليست حالة وأنها تجب مؤجلة فى ثلاث سنوات ، فيؤدى فى آخر كل حول ثلثها ، ويعتبر مبدء السنة عند الشافعى وأحمد من اليوم الذى تجب فيه الدية وهو يوم الموت ويرى أبو حنيفة أن السنة تبدأ من يوم الحكم بالدية لا من يوم الموت وهذا هو ما يراه مالك فى دية الخطأ[2]

وإذا كان الواجب دية واحدة فإنها تقسم فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثها ، فإذا كان الواجب على شخص واحد أكثر من دية كأن قتل شخصين مثلا فعليه لكل واحد منهما ثلث الدية فى كل سنة لأن لكل واحد منهما دية مستقلة فيستحق ثلثها كما لو انفرد حقه ، ولو وجبت الدية على عواقل كثيرة فإذا قتل عشرة مثلاً شخصاً وجبت الدية على عواقلهم وقسط نصيب كل عاقلة على ثلاث سنوات وفى الدية الناقصة كدية المرأة وجهان أحدهما : أنها تقسم فى ثلاث سنين لأنها بدل النفس فأشبهت الدية الكاملة فتأخذ حكمها وثانيهما الدية الناقصة يجب فيها فى العام الأول قدر ثلث الدية الكاملة وباقيها فى العام الثانى ، والوجه الأول يقول به بعض الفقهاء فى مذهبى الشافعى وأحمد[3] والثانى مذهب أبى حنيفة ويقول به بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى وأحمد ويرى مالك التأجيل على ثلاث سنوات فى الدية الكاملة أما الدية الناقصة ففيها آراء مختلفة منها أنها حالة ومنها أنها تؤجل على أن مايدفع لايقل عن ثلث الدية الكاملة[4] .

(١) الإقناع ج ٤ ص ٢٣٤
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٧
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، المغنى ج ٩ ص ٤٩٢ ، ٤٩٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٢٨
(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٧

وإذا وجبت الدية بالصلح فهي حالة في مال الجاني مالم يكن هناك شرط بتأجيلها ، وإذا وجبت بإقرار الجاني فيرى أبو حنيفة أنها تجب مؤجلة ويرى أحمد أنها تجب حالة وهو رأى الشافعي ومالك[1]

٢٤٠ – هل تحمل العاقلة كل الدية في القتل شبه العمد ؟ يرى أحمد أن العاقلة لا تحمل مادون ثلث الدية الكاملة فإن بلغ الثلث أو زاد عليها حملته العاقلة وحجته ماروى عن عمر أنه قضى في الدية أن لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة « وعقل المأمومة ثلث الدية » ولأن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجاني لأنه موجب جنايته وبدل متلفه ، فكان عليه كسائر الجنايات والمتلفات ، وإنما خولف في الثلث فصاعداً تخفيفاً عن الجاني لكونه كثيرا يجحف به[2]

ويرى أبو حنيفة أن العاقلة لا تحمل مادون نصف عشر الدية الكاملة ويحمله الجاني فإن بلغ نصف عشر الدية حملته العاقلة وحجته ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تعقل العاقلة عمدا – إلى قوله – ولا مادون أرش الموضحة » « أرش الموضحة نصف عشر الدية الكاملة »[3]

ويرى الشافعي أن العاقلة تحمل الجميع ماقل أو كثر من الدية لأن ما ألزم بالكثير ألزم بالقليل من باب أولى[4]

ويرى مالك أن الدية إذا بلغت ثلث دية المجنى عليه أو الجاني حملتها العاقلة فإذا كانت دون الثلث فهي على الجاني وحده[5] وفي المذهب رأى بأن العاقلة لا تحمل إلا ما زاد على الثلث ومقتضى هذا الرأى أن الثلث يحمله الجاني ، وينظر في هذا إلى مصلحة الجاني فإن كانت ديته أقل اعتبرت دون دية المجنى عليه فلو جنى مسلم على مجوسية ما يبلغ ثلث ديتها أو ثلث ديته حملته عاقلته ، ولو جنى

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ – ٢٥٧ ، المغني ج ٩ ص ٤ ، ٥ – ٥٠٦
(٢) المغني ج ٩ ص ٥٠٥ – ٥٠٦
(٣) بدائع الصنائع ص ٢٥٥
(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٢٨
(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٥

مجوس أو مجوسية على مسلم مايبلغ ثلث دية الجانى حملته العاقلة ولو كان أقل من ثلث دية المجنى عليه ، ويحمل مالك وأحمد مالا تحمله العاقلة حالاً لا مؤجلا أما أبو حنيفة فالديات كلها مؤجلة عنده[1] .

وإذا حملت العاقلة الدية فيرى أبو حنيفة ومالك أن يتحمل الجانى من الدية ما يحمله أفراد العاقلة ، أما الشافعى وأحمد فيريان أن لا يحمل الجانى شيئاً ويرى مالك أن يتحمل الجانى مع العاقلة وتظهر أهمية هذه الآراء المختلفة إذا ما أخذنا بالرأى القائل بأن الديات تتفاوت بحسب الدين فإن دية المجوسى وعابد الوثن أقل من ثلث الدية فلا تحملها عنه العاقلة طبقاً لرأى أحمد وهى أكثر من نصف العشر لأنها ١/١٥ من الدية فتحملها الدية طبقاً لرأى أبى حنيفة والمرأة المجوسية ديتهـا تبلغ ١/٣٠ فلا تحملها العاقلة فى رأى أبى حنيفة وأحمد ولـكن تحملها طبقاً لرأى الشافعى والـكتابية ديتها ١/٤ الدية الـكاملة فلا تحملها العاقلة طبقاً لرأى أحمد وتحملها طبقاً لرأى أبى حنيفة والشافعى

٢٤١ ـ هل تحمل العاقلة الديات عن الإمام والحاكم ؟ من المتفق عليه أن مايجب على الإمام والحاكم فى غير الحـكم والاجتهاد فهو على العاقلة إذا كان مما تحمله العاقلة ، أما ماوجب عليه بسبب الحـكم والاجتهاد ففيه نظريتان فى مذهب الشافعى وأحمد الأولى : أنه على عاقلته لما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه بعث إلى امرأة ذكرت بسوء فأجهضت جنينها ، فقال عمر لعلى عزمت عليك لا تبرح حتى تقتسمها أى الدية على قومك . ولأن الحاكم جان فكان خطؤه على عاقلته كغيره

الثانية أنه فى بيت المال لأن الخطأ يكثر فى أحكامه واجتهاده فإيجاب العقل على عاقلته مجحف بهم ولأنه نائب عن الله تعالى فى أحكامه وأفعاله فكان

(١) بدائع الصنائع ص ٢٥٧ ، المغنى حـ ٩ ص ٤٩٤ ، مواهب الجليل حـ ٦ ص ٢٦٥

أرش جنايته فى مال الله . وأبو حنيفة من القائلين بالوجه الثانى(١) ومالك من القائلين بالوجه الأول

٢٤٢ ـ العاقلة : العاقلة من يحمل العقل وسميت عقلا وهى الدية لأنها تعقل لسان ولى المقتول وقيل إنها سميت العاقلة لأنهم يمنعون عن القاتل والعقل هو المنع ، ولا خلاف فى أن العاقلة هم العصبات وأن غيرهم كالإخوة لأم وسائر ذوى الأرحام والزوج ليسوا من العاقلة

مذهب الشافعى أن الأب والجد والابن وابن الابن لا يدخلون فى العاقلة وهو رأى أحمد وحجته مارواه أبو هريرة عن الرسول عليه السلام قال : اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى فقتلتها فاختصموا إلى رسـول الله فقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها وفى رواية ثم ماتت القاتلة فجعل النبى ميراثها لبنيها والعقل على العصبة وإذا ثبت هذا فى الأولاد قسنا عليه الوالد لأنه فى معناه ومساوٍ له فى العصبة ولأن مال ولده ووالده كماله ولهذا لم تقبل شهادتهما له والدية حملت على العاقلة إبقاء على القاتل وتخفيفاً له فلو حملناها على الأب والابن أجحفنا به لأن مالهما كماله(٢)

ومذهب مالك وأبى حنيفة وهو رأى لأحمد أن الآباء والأبناء من العاقلة لأن العقل أساسه التناصر وهم من أهله ولأن العصبة فى تحمل العقل كهم فى الميراث فى تقديم الأقرب فالأقرب وآباؤه وأبناؤه أقرب الناس إليه فكانوا أولى بتحمل عقله ولأن الرسول قضى كما روى عمرو بن شعيب بأن عقل المرأة بين عصبتها [من كانوا لا يرثون شيئاً إلا مافضل عن ورثتها] وإن قتلت فعقلها بين ورثتها(٣)

ويدخل فى العاقلة سائر العصبات مهما بعدوا لأنهم عصبة يرثون المال إذا لم

(١) المغنى جـ ٩ ص ٥١ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٢٧ ، المدونة جـ ١٦ ص ٨٣

(٢) المهذب جـ ٢ ص ٢٢٨ ، المغنى جـ ٩ ص ٥١٥

(٣) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٦٦ ، بدائع الصنائع ص ٢٥٦ ، المغنى جـ ٩ ص ٥١٥

يكن وارث أقرب منهم ولا يشترط أن يكونوا وارثين فى المال بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا .

وقد كان العقل قبل خلافة عمر رضى الله عنه بالتعصيب فلما وضع الديوان العقل على أهل ديوان القاتل ، وهم المقاتلة من الرجال البالغين ، ومن ثم يرى أبو حنيفة أن عاقلة الشخص أهل ديوانه ولكنه يقول. إن العاقلة هى العصبة إذا لم يوجد الديوان ، واليوم لا ديوان فالعاقلة دون شك هى العصبة ، ويرى مالك أن العاقلة هى العصبة ولكنه يحمل أهل الديوان مع العصبة ويبدأ بهم فى تقسيم الدية ، أما الشافعى وأحمد فلا يريان أهل الديوان من العصبة .

ويشترك فى العقل الحاضر والغائب من العصبة طبقا لرأى أبى حنيفة وأحمد لأن الغائبين استووا مع الحاضرين فى التعصيب والإرث فاستووا فى تحمل العقل كالحاضرين ولأنه معنى تعلق بالتعصيب فاستوى فيه الحاضر والغائب ، ويرى مالك أن يخص العقل بالحاضر فقط لأن التحمل أساسه التناصر وهو بين الحاضر وبعض الفقهاء فى مذهب الشافعى يأخذون بالأول والبعض يأخذون بالرأى الثانى(١)

وتقسم الدية على العاقلة مع مراعاة الأقرب فالأقرب ولا يُحمَّل العقل إلا من يُعرف نسبه من القاتل أو يعلم أنه من قوم يدخلون كلهم فى العقل ومن لا يعرف منه ذلك لا يحمل وإن كان من قبيلته فلو كان القاتل قرشيا لا يلزم قريشاً كلهم التحمل فإن قريشاً وإن كانوا كلهم يرجعون لأب واحد إلا أن قبائلهم تفرقت وصار كل قوم ينتسبون لأب يتميزون به فيعقل عنهم من يشاركهم فى نسبهم إلى الأب الأدنى(٢) .

ولا تكلف العاقلة من المال ما يجحف بها ويشق عليها لأنه لزمها من غير جناية على سبيل المواساة للجانى والتخفيف عنه فلا يخفف عن الجانى بما يشق على غيره ويجحف به ولو كان الإجحاف مشروعا كان الجانى أحق به لأنه موجب جنايته وجزاء فعله فإن لم يشرع فى حقه فهو فى حق غيره أولى

(١) البحر الرائق جـ ٨ ص ٤٠٠ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٦٧ ، المغنى جـ ٦ ص ٥١٨ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٣٠

(٢) المغنى جـ ٩ ص ٥١٩

واختلف الفقهاء في مقدار ما يحمله كل فرد فقال مالك وأحمد . يترك الأمر للحاكم يفرض على كل واحد ما يسهل عليه ولا يؤديه ، وفي مذهب مالك رأى يفرض ربع دينار على كل شخص ، وفي مذهب أحمد رأى آخر يفرض نصف مثقال على الموسر وربع مثقال على متوسط الحال ، وهو مذهب الشافعي ، ويرى أبو حنيفة أن لا يزيد ما يؤخذ من الفرد عن ثلاثة دراهم أو أربعة ، كما يرى التسوية بين الغني والمتوسط[1] ، والقائلون بنصف دينار وربعه اختلفوا فبعضهم يرى هذا القدر هو الواجب في السنوات الثلاث والبعض يراه الواجب سنويا .

والمفروض أن الدية تقسم على ثلاث سنوات فالمبلغ المقدر على كل فرد هو أقصى القسط السنوي يجب عليه في آخر السنة ومن مات أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شيء من الدية ؛ لأن تحميل الفقير إجحاف ، ولأن المرأة والصبي والمجنون ليسوا من أهل النصرة ، ولكن هؤلاء إذا كانوا جناة يعقل عنهم

وإذا لم يكن للجاني عاقلة أصلاً ، أو كان له عاقلة فقيرة ، أو عددها صغير لا تحمل كل الدية ، فهناك نظريتان

الأولى يرى أصحابها أن يقوم بيت المال مقام العاقلة ، فإذا لم يكن عاقلة أو كانت فقيرة أخذت الدية من بيت المال ، وإن كانت عاقلة لا تحمل كل الدية أخذ باقيها من بيت المال ، ويرى بعض أصحاب هذا الرأي أن ما يجب على بيت المال يدفع فوراً ، لأن التأجيل للعاقلة قصد به التخفيف ولا حاجة للتخفيف إذا قام مقامها بيت المال ، ويرى البعض أن الواجب يقسط على ثلاث سنوات على حسب المستحق على العاقلة وأصحاب هذه النظرية مالك والشافعي وهي ظاهر مذهب أبي حنيفة والراجح في مذهب أحمد

الثانية ويرى أصحابها أن الدية تجب في مال القاتل لا على بيت المال ، لأن الأصل أن القاتل هو المسؤول عن الدية ، وإعانته العاقلة للتناصر والتخفيف ، فإذا لم تكن عاقلة يرد الأمر لأصله ، كذلك فإن في بيت المال حقوقاً

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٥٦ ، والمغني جـ ٩ ص ٥٢٠ ، مواهب الجليل ص ٢٦٧ المهذب جـ ٢ ص ٢٣

للنساء والصبيان والمجانين والفقراء وهؤلاء لا عقل عليهم فلا يجوز صرف ما يستحقونه فيما لا يجب عليهم ، وهذه النظرية رواية عن أبى حنيفة لمحمد ورأى فى مذهب أحمد[1]

وإذا لم يمكن الأخذ من بيت المال ، فيرى القائلون بأن الدية تجب ابتداء على العاقلة ، وهم بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى وأحمد ، بأن الدية تسقط كلها إذا لم تكن عاقلة أو يسقط منها ما لم تحمله العاقلة إذا كان عددها صغيراً ، أما القائلون بأنها تجب على الجانى ابتداء فيرون إلزام الجانى بها أو بما بقى منها

وإذا أخذنا بالرأى القائل بأن الغنى يدفع نصف دينار سنويا والمتوسط يدفع ربع دينار وافترضنا أن الفقراء نصف عـــدد الأغنياء ومتوسطى الحال وأن متوسطى الحال نصف الأغنياء وأن النساء والصبيان نصف عدد الرجال فإنه يجب ألا يقل عدد أفراد العاقلة عن تسعة آلاف نفس وإذا طبقنا هذا على ما يقول به أبو حنيفة من تحمل الشخص أربعة دراهم ، وجب أن يصل أفراد العاقلة إلى عشرة آلاف نفس

وفى مذهب مالك يرى بعضهم أن أقل ما توزع عليهم الدية سبعمائة شخص ويرى البعض أن أقلهم ألف ، وإذا أخذنا بالفروض السابقة ، وصل عدد أفراد العاقلة إلى عشرة آلاف نفس

٢٤٣ ـ أهمية نظام العاقلة : بينا فى الجزء الأول أهمية نظام العاقلة وتحملها الدية ودللنا على أنه نظام عادل وإن كان يلوح فى ظاهر الأمر أنه يحمل الإنسان وزر غيره وقلنا إننا لو أخذنا بالقاعدة العامة فيحمل كل مخطىء وزره لكانت النتيجة أن تنفذ العقوبة على الأغنياء وهم قلة ولا تمتنع تنفيذها على الفقراء وهم الكثرة ، ويتبع هذا أن يحصل أولياء المجنى عليه أو هو نفسه على الدية كاملة إذا كان الجانى غنياً وعلى بعضها إذا كان متوسط الحال أما إذا كان الجانى فقيراً

(١) مواهب الجليل جـ ٧ ص ٢٦٦ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٥٦ المغنى جـ ٩ ص ٥٢٤ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٢٨

وهو كذلك فى أغلب الأحوال فلا يحصل المجنى عليه من الدية على شىء وهكذا تنعدم المساواة والعدالة بين المتهمين كما تنعدم بين المجنى عليهم وقلنا إن هذا النظام قصد به أن يحصل المجنى عليهم على حقهم كاملا وأنه يحقق العدالة والمساواة على جميع الوجوه وقلنا أكثر من ذلك فليراجعه من شاء .

لكن هذا النظام على مافيه من عدالة وتسوية بين المتهمين والمجنى عليهم لا يمكن أن نقوم فى عهدنا الحاضر لأن أساسه وجود العاقلة ولا شك أن العاقلة ليس لها وجود الآن إلا فى النادر الذى لاحكم له وإذا وجدت فإن عدد أفرادها قليل لاتتحمل أن يفرض عليها كل الدية ، ولقد كان للعاقلة وجود طالما احتفظ الناس بأنسابهم وقراباتهم وانتموا إلى قبائلهم وأصولهم أما الآن فلا شىء من هذا بحيث يندر أن تجد شخصاً يعرف جده الثالث وإذن فلا محيص من الأخذ بأحد الرأيين اللذين أخذ بهما الفقهاء من قبل ، إما الرجوع على المجنى عليه بكل الدية ، وإما الرجوع على بيت المال ، والرجوع على المجنى عليه يؤدى إلى إهدار دماء أكثر المجنى عليهم لأن أكثر المتهمين فقراء وهذا لايتفق مع أغراض الشريعة التى تقوم على حفظ الدماء وحياطتها وعدم إهدارها ، والرجوع إلى بيت المال يرهق الخزانة العامة ولكنه يحقق المساواة والعدالة ويحقق أغراض الشريعة ، والخوف من إرهاق الخزانة لايجب أن يقف حائلا دون تحقيق المساواة والعدالة ولايصح أن يحول دون تحقيق أغراض الشريعة ، فالحكومة تستطيع أن تدبر أمرها بفرض ضريبة عامة يخصص دخلها لهذا النوع من التعويض ، وتستطيع أن تفرض ضريبة خاصة على المتقاضين لهذا الغرض وإذا كانت الحكومات العصرية تلزم نفسها بإعانة الفقراء أو العاطلين ، فأولى أن تلزم نفسها بتعويض ورثة القتيل المنكوبين ، ولقد سبقتنا بعض البلاد الأوربية إلى هذا العمل فأنشأت صندوقاً لتعويض المجنى عليهم فى الجرائم ، إيراده المبالغ المتحصلة من الغرامات التى تحكم بها المحاكم ، وهذا هو بالذات ما قصدته الشريعة الإسلامية من نظام

العاقلة ، فنظام العاقلة يقوم اليوم فى (بمص)[1] (وهى من) البلاد الأوربية فأولى بنا وهو نظامنا أن نقيمه بيننا على الوجه الذى يتلاءم مع ظروفنا وحالاتنا

ثانيا — الكفارة

٢٤٤ - تجب الكفارة عقوبة أصلية على القتل شبه العمد مع الدية وقد سبق أن تكلمنا عن الكفارة بمناسبة الكلام على عقوبة القتل العمد وماقلناه هناك يغنى الاطلاع عليه عن إعادته هنا .

العقوبات البدلية

٢٤٥ - العقوبات البدلية فى القتل شبه العمد هى أولا - التعزير بدلا من الدية . ثانياً - الصيام بدلاً من الكفارة وهى عتق الرقبة أو التصدق بقيمتها وقد استوفينا الكلام عن التعزير والصيام بمناسبة عقوبات القتل العمد وما قلناه هناك يغنى عن إعادته هنا

العقوبات التبعية

٢٤٦ - العقوبات التبعية فى القتل شبه العمد هى : أولا - الحرمان من الميراث . ثانيا - الحرمان من الوصية وقد استوفينا الكلام عليهما فى باب القتل العمد ومن ثم فليس مايدعو لتكرار القول .

عقوبات القتل الخطأ

٢٤٧ - عقوبات القتل الخطأ منهـا ما هو أصلى وهو الدية والكفارة ومنها ما هو بدل وهو التعزير والصيام ومنها ما هو تبعى وهو الحرمان من الميراث والحرمان من الوصية

(١) هكذا فى الأصل وظنى أنها اسم بلد لم نتحقق من اسمه

العقوبات الأصلية

أولا — الدية

٢٤٨ ـ هي عقوبة أصلية وليست بدلاً من عقوبة أخرى لأن عقوبة الخطأ روعي في تقديرها انعدام قصد الجاني فاكتفى بتقدير الدية عليه ومقدارها هو نفس مقدار الدية في العمد وشبه العمد أي مائة من الإبل .

٢٤٩ ـ وتجب دية القتل الخطأ مخمسة أي توجد أخماساً . عشرون بنات مخاض ، وعشرون بنو مخاض وعشرون بنات لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وهذه الأوصاف متفق عليها من الأئمة الأربعة ودليلهم ما روى عبد الله ابن مسعود قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «وفي دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض»[1].

٢٥٠ ـ ودية الخطأ على العاقلة دون خلاف طبقاً لقضاء الرسول عليه السلام وعلة فرضها على العاقلة ، أن جنايات الخطأ تكثر ودية الآدمي كثيرة فإيجابها على الجاني في ماله يجحف به فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفاً عنه إذ انعدام القصد عذر له في فعله يشفع في التخفيف عنه

٢٥١ ـ ولا خلاف في أنها مؤجلة في ثلاث سنين وأساس التأجيل في الدية هو قضاء الصحابة فقد قضى عمر وعلى بجعل الدية في القتل الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين ولا مخالف لهما من الصحابة فاتبعهم في ذلك أهل العلم وعلة التأجيل أنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالا كالزكاة

وما لا تحمله العاقلة يجب حالاً عند مالك والشافعي وأحمد ولكن أبا حنيفة يرى التأجيل فيما يجب على العاقلة وما يجب على الجاني .

(١) المغني ج ٩ ص ٤٩٥ ، المهذب ج ٢ ص ٢٠٩ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٤ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٦

٢٥٢ ـ وإذا كانت العاقلة تحمل الدية وهي عقوبة أصلية أساسية فهل تحمل أيضاً الكفارة وهي عقوبة مالية أصلية أخف بكثير من الدية ؟

يرى الفقهاء أن الكفارة فى مال الجانى وحده ولا تحمل العاقلة عنه شيئاً ولا بيت المال ، ولكن فى مذهب الشافعى رأى بأن بيت المال يتحملها عن الجانى(١)

٢٥٣ ـ ولا يرى مالك وأبو حنيفة التغليظ فى دية الخطأ أما الشافعى وأحمد فيريان التغليظ ولكن بينهما فرقاً هو أن أحمد يرى أن التغليظ فى العمد وشبه العمد والخطأ أما الشافعى فيرى التغليظ فى الخطأ ولعــل الشافعى لم ير التغليظ فى العمد وشبه العمد لأنه يوجب الدية فيهما مثلثة أما أحمد فيوجبها مربعة فكأن دية العمد وشبه العمد مغلظة بطبيعتها عند الشافعى ويوجب أحمد التغليظ للقتل فى الحرم ، وللقتل فى الشهور الحرم ، وللقتل المحرم واختلف فى المذهب فى التغليظ لقتل ذى الرحم المحرم فيرى البعض التغليظ لقتله ولا يرى البعض التغليظ ويجوز عند أحمد أن يجمع بين أكثر من سبب من أسباب التغليظ وتغلظ الدية لكل سبب بأن يزاد عليها مقدار الثلث ومن ثم تصل الدية إلى ديتين إذا كان القتل فى الحرم والشهور الحرم شخصاً محرماً(٢) أما الشافعى فيرى التغليظ بالقتل فى الحرم وفى الشهور الحرم وقتل ذى الرحم المحرم واختلفوا فى المذهب فى القتل فى الحرم المدنى فرأى البعض أن القتل فيه سبب للتغليظ ورأى البعض أن القتل فيه ليس سبباً للتغليظ وهو الرأى الراجح فى المذهب ، وصفة التغليظ عند الشافعى هو إيجاب دية العمد بدلا من دية الخطأ فإن قتل ذا رحم محرم مثلا فعليه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة

٢٥٤ ـ ولا تحمل العاقلة دية القتل العمد سواء درىء القصاص للشبهة أو وجبت الدية بالعفو أو الصلح وهذا متفق عليه بين الأئمة لأن العاقلة حملت فى الخطأ وشبه العمد لانعدام القصد إلى القتل ولعذر الجانى أما العامد فلا عذر له

(١) المغنى جـ ٩ ص ٤٩٨

(٢) المغنى جـ ٩ ص ٤٩٩ وما بعدها ، المهذب جـ ٢ ص ٢٠٩ ـ ٢١٠

فى حريته ومن ثم لا تستحق تخفيفاً ولا معاونة

٢٥٥ ـ وإذا جنى الرجل على نفسه خطأ ففيه روايتان : — الأولى — على عاقلته الدية لورثته إذا قتل نفسه . والقائلون بهذا الرأى بعض فقهاء مذهب أحمد وحجتهم : (أن رجلا ساق حمارا فضربه بعصا كانت معه فطارت منها شظية ففقأت عينه فجعل عمر ديته على عاقلته وقال هى يد من أيدى المسلمين) ويحتجون بأنها ليست إلا جناية خطأ كأى جناية خطأ ديتها على العاقلة ويترتب على هذا الرأى أنه إذا كانت العاقلة هم بعض الورثة لم يجب شىء عليهم لأنه لا يجب للإنسان شىء على نفسه هذا إذا كان ما يجب عليهم من الدية يماثل نصيبه فى الميراث فإن كان أكثر سقط عنه ما يقابل نصيبه وعليه ما زاد ، وإن كان نصيبه من الدية أقل من نصيبه فى الميراث فله ما بقى

والرواية الثانية ـ يرى أصحابها أن الجناية هدر وهذا ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعى وهو رأى فى مذهب أحمد وحجتهم أولا : عامر ابن الأكوع بارز مرحبا يوم خيبر فرجع سيفه على نفسه فمات ولم يعلم أن النبى قضى فيه بدية ولا غيرها ولو وجبت لبينه النبى عليه السلام ثانياً : أن وجوب الدية على العاقلة قصد منه مواساة الجانى والتخفيف عنه والجانى هنا هو نفس المجنى عليه فليس إذن ما يدعو للإعانة وللمواساة

وحكم شبه العمد هو حكم الخطأ فى هذه المسألة[1]

ثانياً — الكفارة

٢٥٦ ـ تكلمنا فى الكفارة بمناسبة الكلام على القتل العمد وفيما قلناه كفاية

العقوبات البدلية

٢٥٧ ـ هى الصيام فقط وقد تكلمنا عليه من قبل ، وليس ثمة تعزير باتفاق الفقهاء فى الخطأ اكتفاء بالعقوبتين الأصليتين وهما الدية والكفارة

---

(١) المغنى جـ ٩ ص ٢٠٩ وما بعدها

وبالعقوبات التبعية على أنه ليس فى الشريعة ما يمنع أن يقدر الشارع عقوبة تعزيرية فى حالة العفو عن الدية إذا رأى ذلك فى صالح الجماعة .

العقوبات التبعية

٢٥٨ ـ هى الحرمان من الميراث والحرمان من الوصية وقد فصلنا الكلام عليهما من قبل بمناسبة الكلام على عقوبة القتل العمد وفيما قلناه هناك ما يغنى عن إعادته هنا .

الفصل الثانى

الجناية على ما دون النفس

٢٥٩ ـ يعبر فقهاء الشريعة بالجناية على ما دون النفس عن كل أذى يقع على جسم الإنسان من غيره فلا يؤدى بحياته ، وهو تعبير دقيق يتسع لكل أنواع الاعتداء والإيذاء التى يمكن تصورها فيدخل فيه الجرح والضرب والدفع والجذب والعصر والضغط وقص الشعر ونتفه وغير ذلك ، ويعبر قانون العقوبات المصرى عن نفس المعنى بالجرح والضرب فقط وهو تعبير ناقص لا يتسع لغير الجرح والضرب من أنواع الإيذاء مما حمل المحاكم المصرية على التوسع فى تأويل هذا التعبير بما يجعله متفقاً مع اتجاه الشريعة فحكمت محكمة النقض بأن عبارة الضرب والجرح تشمل كل فعل يقع على الجسم ويكون له تأثير ظاهرى أو باطنى فمن يضغط على عنق إنسان أو يجذبه فيوقعه على الأرض يعد مرتكباً لجريمة الضرب عمداً

٢٦٠ ـ الجنايات على ما دون النفس إما عمد أو خطأ فالعمد هو ما تعمد فيه الجانى الفعل بقصد العدوان كمن قذف أحداً بحجر بقصد إصابته والخطأ هو ما تعمد فيه الجانى الفعل دون قصد العدوان كمن ألقى حجراً من نافذة ليتخلص منه فأصاب أحد المارة أو ما وقع فيه الفعل نتيجة تقصير الجانى دون قصد منه كمن انقلب على نائم بجواره فكسر ضلوعه

والعمد وإن كان يختلف عن الخطأ فى ماهية الفعل وعقوبته إلا أنهما يتفقان فى كثير من الأحكام، ومن ثم جرى الفقهاء على الجمع بينهما عند شرح أحكامهما فيتكلمون عنهما دفعة واحدة . وإذا كان شراح القوانين يفرقون بين جرائم العمد والخطأ على أساس نوع الجريمة ، ويتكلمون عن كل على حدة . فإن فقهاء الشريعة يجعلون أساس الفرق هو محل الجريمة هل هو النفس أو مادونها . لأن مايقع على النفس يتحد فى كثير من أحكامه على اختلاف أنواعه كما بينا فيما سبق والجرائم التى تقع على مادون النفس تتحد فى كثير من أحكامها كما سنبين فيما بعد ثم يفرقون بعد ذلك على أساس نوع الجريمة بين مختلف الجرائم التى تقع على مادون النفس

٣٦١ ـ ويقسم الفقهاء الجناية على مادون النفس سواء كانت الجناية عمداً أو خطأ خمسة أقسام ناظرين فى هذا التقسيم إلى نتيجة فعل الجانى لأن الجانى فى الجناية على مادون النفس يؤخذ بنتيجة فعله ولو لم يقصد هذه النتيجة بغض النظر عما إذا كانت الجناية عمداً أو خطأ ، وهذه الأقسام هى أولا إبانة الأطراف أو ما يجرى مجرى الأطراف ثانياً إذهاب معانى الأطراف مع بقاء أعيانها ثالثاً الشجاج . رابعاً الجراح خامساً : مالا يدخل تحت الأقسام الأربعة السابقة

٣٦٢ ـ القسم الأول إبانة الأطراف وما يجرى مجراها

ويقصد من إبانة الأطراف قطعها وقطع مايجرى مجراها ويدخل تحت هذا القسم قطع اليد والرجل والأصبع والظفر والأنف والذكر والأنثيين والأذن والشفة وفقء العين وقطع الأشفار والأجفان وقلع الأسنان وكسرها وحلق أو نتف شعر الرأس واللحية والحاجبين والشارب

٣٦٣ ـ القسم الثانى إذهاب معانى الأطراف مع بقاء أعيانها

ويقصد من ذلك تفويت منفعة العضو مع بقائه قائماً فإذا ذهب العضو ذاته فالفعل من القسم الأول ويدخل تحت هذا القسم تفويت السمع والبصر والشم

والذوق والكلام والجماع والإيلاد والبطش والمشى ، و يدخل تحته أيضاً تغير لون السن إلى السواد والحمرة والخضرة ونحوها كما يدخل تحته إذهاب العقل وغيره.

٢٦٤ — القسم الثالث : الشجاج

يقصد بالشجاج جراح الرأس والوجه خاصة أما جراح الجسم فيما عدا الرأس والوجه فتسمى جراحاً وتسمية جراح الجسم بالشجاج غلط ، لأن العرب تفصل بين الشجة وبين مطلق الجراحة ، فتسمى ما كان فى الرأس والوجه شجة وتسمى ما كان فى سائر البدن جراحة

ويرى أبوحنيفة أن الشجاج لاتكون إلا فى الرأس والوجه فى مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والصدغين والذقن دون الخدود ، وباقى الأئمة يرون ما كان فى الرأس والوجه مطلقة شجة

٢٦٥ — والشجاج عند أبى حنيفة أحد عشر شجة[1]

١ ـ الخارصة وهى التى تخرص الجلد أى تشقه ولا يظهر منها الدم

٢ ـ الدامعة وهى التى يظهر منها الدم ولا يسيل كالدمع فى العين .

٣ ـ الدامية وهى التى يسيل منها الدم

٤ ـ الباضعة وهى التى تبضع اللحم أى تقطعه

٥ ـ المتلاحمة وهى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة ويرى محمد أن المتلاحمة قبل الباضعة وعرفها بأنها التى يتلاحم فيها الدم ويسود

٦ ـ السمحاق وهى التى تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم واسم الجلدة السمحاق فسميت بها الشجة

٧ ـ الموضحة وهى التى تقطع الجلدة المسماة السمحاق وتوضح العظم أى تظهره ولو قدر مغرز الإبرة

٨ ـ الهاشمة . وهى التى تهشم العظم أى تكسره

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٦

٩ ـ المنقلة : وهي التي تنقل العظم بعد كسره أي تحوله عن مكانه .

١٠ ـ الآمة وهي التي تصل إلى أم الدماغ وهي جلدة تحت العظم وفوق الدماغ أي المخ

١١ ـ الدامغة . وهي التي تخرق تلك الجلدة وتصل إلى الدماغ

٢٦٦ ـ ويرى مالك أن الشجاج عشرة فقط ويسمى الأولى دامية والثانية خارصة والثالثة سمحاقاً والسادسة ملطاة ويحذف مالك الثامنة وهي الهاشمة ويرى أنها تكون في جراح البدن لا في الرأس والوجه ويتفق فيما عدا ذلك مع أبي حنيفة[1]

٢٦٧ ـ ويرى الشافعي وأحمد أن الشجاج عشرة فقط وهما يحذفان الثانية عند أبي حنيفة وهي الدامعة ويعترفان بالعشرة الباقية ويسمى أحمد الدامية بهذا الإسم أو بالبازلة ويسمى الشافعي وأحمد العاشرة بالمأمومة أو بالآمة[2]

٢٦٨ ـ القسم الرابع الجراح ، ويقصد بالجراح ما كان في سائر البدن عدا الرأس والوجه والجراح نوعان جائفة وغير جائفة

فالجائفة هي التي تصل إلى التجويف الصدري والبطني سواء كانت الجراحة في الصدر أو البطن أو الظهر أو الجنبين أو بين الأنثيين أو الدبر أو الحلق وغير الجائفة مالم تكن كذلك أي التي لا تصل إلى الجوف[3]

٢٦٩ — القسم الخامس مالا يدخل تحت الأقسام السابقة .

ويدخل تحت هذا القسم كل اعتداء أو إيذاء لا يؤدي إلى ابانة طرف أو ذهاب معناه ولا يؤدي إلى شجة أو جرح فيدخل تحته كل اعتداء لا يترك أثراً أو ترك أثراً لا يعتبر جرحاً ولا شجة

(١) شرح الدردير جـ ٤ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣

(٢) المهذب جـ ٢ ص ٢١٢ ، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٦١٩ وما بعدها

(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٩٦ ، المهذب جـ ٢ ص ٢١٤ ، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٦٢٨ ، شرح الدردير جـ ٤ ص ٢٤٨

الجناية على مادون النفس عمداً

٢٧٠ ـ الجناية على مادون النفس عمداً هى أن يتعمد الجانى ارتكاب فعل يمس جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامته ، وأركان الجريمة اثنان أولا · فعل يقع على جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامته. ثانياً : أن يكون الفعل متعمداً

أولا ـ الركن الأول

فعل يقع على جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامته

٢٧١ ـ يشترط لوقوع الجريمة أن يرتكب الجانى فعلا يمس جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامة هذا الجسم بأى حال ولا يشترط أن يكون الفعل ضربا أو جرحا بل يكفى أن يكون أى فعل من أفعال الأذى أو العدوان على اختلاف أنواعها كالضرب والجرح والخنق والجذب والدفع والضغط والعصر

٢٧٢ ـ وليس من الضرورى أن يستعمل الجانى أداة معينة للإيذاء والعض وحلق الشعر ونتفه ولوى الذراع وغير ذلك والاعتداء فقد يستعمل يده أو رجله أو أسنانه وقد يستعمل عصا أو سكينا أو سيفا أو بندقية أو مادة مضرة أو سامة، لأن مادون النفس لا يقصد إتلافه بآلة دون أخرى فتستوى فيه كل الآلات

وفى مذهب أحمد رأى يرى أن مادون النفس فيه عمد وشبه عمد ويفرق بينهما بأن فى الأول القصاص وفى الثانى الدية[1] ويفرقون بين العمد وشبه العمد بأن الأول هو قصد الضرب بما يفضى إلى النتيجة غالبا والثانى هو قصد الضرب بما لايفضى إلى النتيجة غالبا مثل أن يضربه بحصاة لا يوضح مثلها فتوضحه فلا يجب به القصاص لأنه شبه عمد[2] ويظهر أنه هو الرأى الراجح فى المذهب أما الرأى الآخر فيرى أن الجراح كلها عمد دون تفرقة وأن فيها القصاص لقوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾ .

(١) الإقناع ج ٤ ص ١٨٩ (٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨ والمغنى ج ٩ ص ٤١٠

أما أبو حنيفة فلا يفرق بين العمد وشبه العمد إلا في النفس ، ويكفي عنده تعمد الفعل فيما دون النفس[1] وليس مايمنع عند مالك والشافعي وأحمد أن يكون الجاني مسؤولا عن الجناية ولو لم يكن الجناية مباشرة لفعله كمن طلب إنسانا بسيف مجرد فهرب منه فخر به سقف فأصيب بجرح أو كسر لأنه هو الذي ألجأ المجني عليه للهرب بفعله

ويرى الشافعي أن العمد فيما دون النفس ، إما أن يكون عمدا محضاً أو شبه عمد فالعمد المحض هو ما أدى إلى نتيجة الفعل غالباً أما شبه العمد فهو مالم تؤد لنتيجة الفعل غالباً كمن لطم إنساناً على رأسه فورمت ثم انشقت حتى وضحت فهذه شبه عمد لأن الغالب أن اللطمة لا تؤدي لإيضاح ولو رماه بحصاة فورمت ثم أوضحت فهي شبه عمد لأن الغالب أن الرمي بالحصاة لا يؤدي للإيضاح[2]

ومع أنهم وضعوا هذه القاعدة إلا أنهم يختلفون في طبيعة تطبيقها وهذا الخلاف مرجعه التقدير فمثلا ابن رشد يضرب مثلا على شبه العمد باللطمة التي تفقأ العين ، لأن اللطمة لاتفقأ العين غالباً[3] بينما يرى الشافعي أن اللطمة التي تفقأ العين عمد محض لأن اللطم تؤدي غالبا لفقأ العين[4]

٢٧٣ — ويستوى أن يكون الفعل مباشراً أو بالتسبب فالضرب باليد وشد حبل رفيع في طريق المجني عليه ليتعثر فيه كلاهما يكون الجريمة

٢٧٤ — ويصح أن يكون الفعل ماديا كالضرب والجرح ، ويصح أن يكون معنويا كمن أذعر رجلا فأصيب بشلل أو ذهب عقله أو سقط فجرح ، ونص القانون المصري كما ذكرنا من قبل لا يتسع للأفعال المعنوية أما في فرنسا فيعاقبون على الفعل المعنوي فيما دون النفس لأن القانون الفرنسي يحمل في حكم الضرب أنواع التعدي والإيذاء الأخرى بينما القانون المصري لم يذكر إلا عبارة الضرب والجرح

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٢ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ ، بدائع الصنائع ص ٢٣٣ ، الأم ج ٦ ص ٤٥

(٢) الأم ج ٦ ص ٤٦ (٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤١ (٤) الأم ج ٦ ص ٤٥

٢٧٥ ـ ويشترط أن يكون المجنى عليه معصوما فإن لم يكن كذلك فالفعل مباح ولا يعتبر جريمة وقد تكلمنا عن العصمة بمناسبة الكلام على القتل وماقلناه هناك يغنى عن الإعادة هنا .

٢٧٦ ـ ويشترط ألا تؤدى الفعل للوفاة ، وإذا أدى للوفاة فهو جناية على النفس قد تكون قتلا عمداً إذا ثبت أن الجانى تعمد الفعل وقصد القتل ، وقد تكون قتلا شبه عمد إذا ثبت أن الجانى تعمد الفعل ولم يقصد القتل .

ثانيا — الركن الثانى

أن يكون الفعل متعمداً

٢٧٧ ـ لكى يكون الفعل جريمة عمدية يجب أن يصدر عن إرادة الجانى وأن يرتكب بقصد العدوان فإن لم يرد الجانى الفعل أو أراده ولم يقصد العدوان فالفعل غير متعمد وإنما خطأ

٢٧٨ ـ ويؤخذ الجانى بقصده المحتمل . فيسأل عن نتيجة الفعل الذى أتاه لا عما قصده وقت إحداث الفعل ، فإن ترتب على الفعل ذهاب عضو أو إبطال منفعته أو إحداث موضحة أو جائفة أو أقل من ذلك سئل عن نتيجة فعله ولو لم يكن قصد إحداث هذه النتيجة بالذات وقت إتيان الفعل

٢٧٩ ـ ويسأل الجانى عن قصده غير المحدود فمن ألقى حجراً على جماعة بقصد إصابة أحدهم سئل عن نتيجة عمله سواء كان يعرف أفراد هذه الجماعة أو لا يعرفهم

وقد سبق أن تكلمنا عن الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية كما تكلمنا عن الإذن فى الجرح واستعمال الحق وأداء الواجب وما قلناه ينطبق هنا .

٢٨٠ ـ ويستوى فى الجريمة على مادون النفس أن يتعمد الجانى الفعل دون أن يقصد القتل ، أو أن يتعمد الفعل بقصد القتل مادام الفعل لم يؤد للموت لأن الشريعة لا تعاقب على الشروع فى القتل إذا كان الشروع يكون جريمة

تامة على مادون النفس أيا كانت نتيجة هذه الجريمة جرحا أو شجة أو جائفة أو إتلافا لعضو أو ذهاب معناه ، وقد علقنا هذا الحكم بمناسبة الكلام عن القتل العمد

الجناية على مادون النفس خطأ

٢٨١ — سبق أن بينا تعريف الخطأ وأنواعه بمناسبة الكلام على القتل الخطأ كما بينا أركان جريمة القتل الخطأ وماقيل هناك ينطبق بحذافيره هنـــا ، ولا فرق إلا أن الفعل إذا أدى للوفاة فهو جناية على النفس أى قتل خطأ، وإذا لم تؤد للوفاة فهو جناية على مادون النفس ومن ثم لاداعى للتكلم هنا عن الجريمة وأركانها لأنه تكرار لما قيل هناك

٢٨٢ ـ فرق هام : ويجب أن نلاحظ أن الشريعة جعلت العقوبة للجناية على مادون النفس فى حالة الخطأ متمشية مع نتيجة الفعل كما هو الحال فى العمد، فعقوبة من أتلف عضواً أو أذهب منفعته من عقوبة الجرح الذى شفى دون أن يتخلف عنه عاهة ، وعقاب من أذهب بصر إنسان أشد من عقاب من أذهب نصف بصره وهكذا .

والشريعة تتفوق على القانونين المصرى والفرنسى فى هذا لأنهما يسويان فى العقوبة مهما اختلفت نتائج الفعل وبعض شراح القانونيين ينتقدون على المشرع أنه سوى بين عقوبة الإصابات المختلفة مع اختلاف نتائجها دون مبرر لهذه التسوية

عقوبة الجناية على مادون النفس

عقوبة الجناية على مادون النفس تنقسم إلى ثلاثة أقسام : عقوبة الجناية على مادون النفس عمداً ، وعقوبة الجناية على مادون النفس شبه عمد ، وعقوبة الجناية على مادون النفس خطأ

أولا — عقوبة الجناية على مادون النفس عمداً

العقوبة الأصلية للجناية على مادون النفس عمدا هى القصاص وعند مالك ـ

الدية مع القصاص[1] وإذا امتنع القصاص لسبب من الأسباب التي سنبينها فيما بعد حلت محله عقوبتان بدليتان الأولى الدية أو الأرش والثانية التعزير ، ويلاحظ الفرق بين عقوبات الجناية عمداً على النفس والجناية عمداً على مادون النفس ففي النفس يعاقب بالكفارة عقوبة أصلية وبالصيام عقوبة بدلية وبالحرمان من الميراث والوصية عقوبة تبعية أما هنا فلا يعاقب بهذه العقوبات لأنها قاصرة فقط على القتل ومتعلقة به

أولا . القصاص

٢٨٣ — القصاص : هو العقوبة الأصلية للجناية على مادون النفس عمداً أما الدية والتعزير فهما عقوبتان بدليتان تحلان محل القصاص ، ويترتب على اعتبار القصاص أصلا والدية والتعزير بدلا أنه لا يجوز الجمع بين العقوبة الأصلية وبين عقوبة أخرى بدلا منها لأن الجمع بين البدل والمستبدل يتنافيان طبيعة الاستبدال ويترتب على ذلك أيضاً أنه لا يجوز الحكم بالعقوبة البدلية إلا إذا امتنع الحكم بالعقوبة الأصلية

وهناك نظريتان للجمع بين القصاص والدية الأولى ـ يرى أصحابها أن القصاص يجمع مع الدية إذا لم يكن القصاص ممكناً إلا في بعض الجرح فيقتص مما يمكن القصاص فيه ، وما لا يمكن القصاص فيه تحل العقوبة البدلية فيه محل القصاص وعلى هذا تجمع الدية مع القصاص عقوبة لجرح واحد وهذه النظرية يقول بها الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد أما النظرية الثانية فتقوم على أنه لا يمكن الجمع بين العقوبة الأصلية والعقوبة البدلية في جرح واحد فإن اقتص في بعض الجرح سقط حقه في الباقي ولا شيء له وهو بالخيار إن شاء اقتص ولا شيء له وإن شاء أخذ الدية وهذه نظرية مالك وأبي حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد

(١) شرح الدردير ، جـ ٤ ـ ص ٢٢٤ ، مواهب الجليل ص ٢٤٧

ويمتنع الحكم بالعقوبة الأصلية إذا امتنع القصاص أو سقط لسبب من الأسباب التي نذكرها بعد ، وهذه الأسباب بعضها عام وبعضها خاص بما دون النفس .

أسباب امتناع القصاص العامة

٢٨٤ - أولاً : إذا كان القتيل جزءاً من القاتل . إذا كان القتيل جزءاً من القاتل امتنع الحكم بالقصاص ويكون القتيل جزءاً من القاتل إذا كان ولده فإذا جرح الأب ولده أو قطعه أو شجه فلا قصاص لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يقاد الوالد بولده» ، أما الولد فيقتص منه لوالده طبقاً للنصوص العامة ، ويدخل تحت لفظي الوالد والولد كل والد وإن علا ، وكل ولد وإن سفل ، وحكم الأم هو حكم الأب لأنها أحد الوالدين ، والجدة كالأم سواء كانت من قبل الأب أو الأم

ويرى مالك القصاص من الأب في القتل إذا لم يكن شك في قصد القتل ولكنه لا يرى القصاص من الأب في غير القتل ويرى تغليظ الدية عليه والتغليظ عند مالك هو تثليث الدية[1]

وعلى هذا فليس ثمة خلاف بين الأئمة الأربعة في امتناع القصاص من الوالد لولده إذا جنى عليه فيما دون النفس ، وقد تكلمنا عن هذا الموضوع بتوسع عند الكلام على القتل العمد

٢٨٥ - ثانياً : انعدام التكافؤ : إذا انعدم التكافؤ بين المجني عليه والجاني فلا قصاص وينظر إلى التكافؤ من ناحية المجني عليه وحده لا من ناحية الجاني

وفي مذهب مالك هذا شرط التكافؤ في النفس إما فيما دون النفس فهو يشترط التكافؤ من الوجهين فعنده لو قطع كافر أو عبد يد مسلم لم يكن له أن يقتص منهما ولو قطعهما فليس لهما أن يقتصا منه[2]

فإن كان المجني عليه مكافئاً للجاني أو خيراً منه وجب القصاص وإن كان لا يكافئه امتنع القصاص ولا يشترط في الجاني أن يكافئ المجني عليه لأن شرط

(١) مواهب الجليل ـ جـ ٦ ص ٢٥٦
(٢) مواهب الجليل ـ جـ ٦ ص ٢٤٥ ، شرح الدردير ص ٢٢٢

التكافؤ وضع لمنع قتل الأعلى بالأدنى ولم يوضع لمنع قتل الأدنى بالأعلى .

وأساس التكافؤ عند مالك والشافعى وأحمد الحرية والإسلام ، وأساس التكافؤ عند أبى حنيفة الحرية والجنس ، وسنتكلم فيما يلى عن هذه الأسس الثلاثة .

١ — الحرية : يرى مالك والشافعى وأحمد أن الحر لا يقتص منه إذا جرح العبد لأن العبد منقوص بالرق وهذا هو نفس رأيهم فى القتل ، ويرى مالك أن لا يقتص من العبد للحر[1] .

ويرى أبو حنيفة أن لا قصاص من الأحرار والعبيد فيما دون النفس ولا قصاص فيما بين العبيد أنفسهم ، وهو يخرج بهذا عن رأيه الذى التزمه فى القتل وهو القصاص من الحر للعبد ومن العبد للعبد وعلة خروجه على هذا الرأى ، أنه يرى أن مادون النفس خلق لوقاية النفس ولما كانت قيمة العبد تختلف عن دية الحر وقيمة العبد تختلف عن غيره من العبيد فلا يمكن أن تتماثل أطراف الأحرار مع العبيد ولا أطراف عبد مع عبد آخر ومن ثم امتنع القصاص بينهم وهذا الرأى يتفق مع رأى أحمد[2] .

٢ — الإسلام : سبق أن تكلمنا عن هذا الموضوع بما فيه كفاية بمناسبة الكلام على القتل فيراجع ونلخص ماقلناه بأن مالكا والشافعى وأحمد يرون أن الكافر لا يكافىء المسلم والقاعدة عنـــــدهم أن لا قصاص من مسلم إذا قتل ذمياً

أما أبو حنيفة فيرى أن الكافر يكافىء المسلم مادام معصوم الدم وليس فى عصمته شبهة كالمستأمن مثلاً ومن ثم فهو يوجب القصاص من كليهما للآخر .

وهم يسيرون على هذه القاعدة فيما دون النفس إلا أن مالكا خرج عليها

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٤٨ — ٣٥١ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٠ ، المهذب ج ٢ ص ٢٢٥ — ٢٢٦

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٢٦

ورأى ألا قصاص بين المسلم والكافر بصفة مطلقة فيما دون النفس فإذا جرح أحدهما الآخر فلا قصاص لانعدام التكافؤ ولو أنه يقرر أن المسلم خير من الكافر لأن القصاص فيما دون النفس يقتضي المساواة بين الطرفين ولا مساواة(١) .

٣ — الجنس : القاعدة عند الأئمة الأربعة أن الأنثى يقتص منها للذكر والذكر يقتص منه للأنثى وهذا في القتل أي في النفس وقد طبق مالك والشافعي وأحمد هذه القاعدة أيضاً فيما دون النفس(٢) وحجتهم أن من يجري بينهم القصاص في النفس يجري بينهم في الأطراف ، أما أبو حنيفة فيخالف هذه القاعدة ولا يطبقها فيما دون النفس لأنه يسير على قاعدة أخرى فيما دون النفس هي اعتبار أن مادون النفس كالأموال ، و بتطبيق هذه القاعدة لا يجعل للمرأة مماثلة للرجل لأن دية المرأة على النصف من دية الرجل ودية طرفها لاتماثل دية طرف الرجل وإذا انعدمت المساواة بين أرشيهما امتنع القصاص في طرفيهما سواء كان الجاني هو الذكر أو الأنثى(٣) .

التماثل في العدد يشترط أبو حنيفة التماثل في العدد بين المجني عليه والجاني فيجب أن يكون الجاني واحداً ليقتص منه فإن كان الجناة أكثر من واحد فلا قصاص إذا تعاونوا على ارتكاب فعل واحد كأن قطعوا يد رجل أو أصبعه أو أذهبوا سمعه أو بصره أو قلعوا له سناً أو نحو ذلك من الجوارح التي يجب على الواحد فيها القصاص لو انفرد بالفعل وعليهم دية الجارحة مقسمة عليهم بالتساوي أما إذا ارتكب كل منهم منفرداً فعلا يجب فيه القصاص فعلى كل منهم القصاص فيما فعله وحجة أبي حنيفة أن المماثلة فيما دون النفس شرط أساسي للقصاص ولا مماثلة بين جارحة وجوارح ، كيد واحدة وأيدي لا في الذات ولا في المنفعة ولا في الفعل أما في الذات فلا شك فيه لأنه لامماثلة بين العدد والفرد من حيث الذات

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٥ ، راجع الفقرة ١٥٣

(٢) المغني جـ ٩ ص ٣٧٨ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٥ ، المهذب جـ ٢ ص ١٩٠

(٣) بدائع الصنائع ص ٣١١ ، راجع الفقرة ١٥٣ .

وإذا كانت الصحيحة لاتقطع بالشلاء لفوات المماثلة من حيث الوصف مع التساوي في الذات فأولى أن يمتنع القصاص لفوات المماثلة في الذات وأما في المنفعة فلأن منفعة اليدين أكثر من منفعة يد واحدة ومن المنافع مالا يتأتى إلا باليدين كالكتابة والخياطة ، وأما في الفعل فلأن الموجود من كل واحد قطع بعض اليد والجزاء قطع كل اليد من كل منهم وقطع اليد أكثر من قطع بعضها[1] .

ويفرق أبو حنيفة بين النفس وما دونها بأن الفعل فيما دون النفس يتجزأ لأنه قطع بعض الجارحة وترك البعض موجوداً بخلاف النفس فإن إزهاقها لايتجزأ أو رأى أبي حنيفة وجه في مذهب أحمد

ويرى مالك والشافعي وأحمد القصاص من الجماعة للواحد ، وحجتهم أن شاهدين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع عليٌّ يده ثم جاءا بآخر فقالا هذا هو السارق وأخطأنا في الأول فرد شهادتهما على الثاني وغرمهما دية الأول وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحد ولأنه أحد نوعي القصاص فتؤخذ الجماعة بالواحد كالأنفس

ويرى الشافعي وأحمد ، أنه يجب القصاص من الجماعة بالواحد أن يكون اشتراك الجماعة في الطرف على وجه لايتميز فيه أحدهما عن الآخر إما بأن يشهدوا عليه بما يوجب قطعه ثم يرجعوا عن شهادتهم أو يكرهوا إنساناً على قطع طرف فيجب قطع المكرهين كلهم والمكره أو يتعاونوا في إلقاء حجر على الحي عليه فتقطع طرفه أو يقطعوا يداً ويقلعوا عيناً بضربة واحـــدة أو يضعوا حديدة على مفصل ويتحاملوا عليها جميعاً حتى يقطع الطرف ، فإن قطع كل واحد منهم من جانب أو قطع أحـــدهم بعض المفصل وأتم غيره أو ضرب كل واحد ضربة أو وضعوا منشاراً مثلا على مفصله ثم مر كل واحد عليه

---

(1) بدائع الصنائع جـ ٩ ص ٢٩٩ .

مرة حتى مانت اليد فلا قصاص فيه لأن كل واحد منهم لم يقطع اليد ولم يشارك في قطع جميعها وإن كان فعل كل واحد منهم يمكن الاقتصاص فيه بمفرده اقتص منه(١) .

أما مالك فرق بين حالة التمالؤ وعدم التمالؤ فإن تمالؤوا اقتص من كل منهم بقدر ما أحدثوا بالمجنى عليه سواء تميزت أفعال كل منهم أم لم تتميز فإذا قلعوا عينه وقطعوا رجله ويده قلع لكل عينه وقطعت يده ورجله ، أما إذا لم يكن تمالؤ فإن تميزت أفعالهم أخذ كل منهم بفعله، وإن لم تتميز أفعالهم فعليهم القصاص كما لو تمالؤوا وهناك من يرى ألا قصاص عليهم وعليهم الدية(٢)

ولا يشترط الشافعي وأحمد التمالؤ فيما دون النفس ويكفى التوافق للقصاص من الجميع

٢٨٦ - ثالثاً : أن يكون الفعل شبه عمد - يرى الشافعي وأحمد أن الجناية على مادون النفس قد تكون عمداً وقد تكون شبه عمد فهى عمد إذا كان الفعل متعمداً أو كان يؤدى غالباً إلى النتيجة التي انتهى إليها كمن ضرب غيره بسكين فقطع أصبعه أو بعصا فكسر ذراعه أو أحدث برأسه ترثة

وهى شبه عمد إذا كان الفعل متعمداً ولكنه لا يؤدى غالبا إلى النتيجة التي انتهى إليها كمن لطم آخر فقأ عينه أو رماه بحصاة فأحدثت ورما انتهى بموضحة. ويرتبان على تقسيم الجناية على مادون النفس إلى عمد وشبه عمد أن القصاص يجب في العمد فقط أما شبه العمد فيجب فيه الدية وهما يسيران في هذا التقسيم وفي ترتيب العقوبة على ما سارا عليه في الجناية على النفس(٣) .

أما مالك وأبو حنيفة فيريان أن الجناية على مادون النفس لا تكون إلا عمدا لأن مالك لا يعترف بشبه العمد والفعل عنده إما عمدا وإما خطأ ، ولأن أبا حنيفة يرى أن مادون النفس لا يقصد إتلافه بآلة دون أخرى فاستوت فيـــه

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٧ وما بعدها ، المهذب ج ٢ ص ١٩
(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢
(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨ ، الأم ج ٦ ص ٦ .

الآلات الدالة على القصد فكان الفعل عمداً فى كل حال أى أن مادون النفس لا قصد إلا بمجرد الاعتداء عليه والاعتداء ممكن بأى آلة بعكس القتل فلا يكون إلا بآلة مخصوصة ومن ثم كان توفر قصد الاعتداء كافياً لاعتبار الفعل عمداً فيما دون النفس ولم يكن هناك محل لاعتبار شبه العمد[1] ويترتب على رأى مالك وأبى حنيفة أن الجناية على مادون النفس يجب فيها القصاص فى كل حال مادام الجانى قد تعمد الفعل

٢٨٧ - رابعاً أن يكون الفعل تسبباً : يرى أبو حنيفة دون غيره من الأئمة أن الجناية على مادون النفس بالتسبب لا توجب القصاص لأن القصاص فعل مباشر فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه على طريق المباشرة لأن أساس العقوبة القصاص هو المماثلة بين الفعلين ويوجب أبو حنيفة الدية بدلا من القصاص ولكن الأئمة الثلاثة لا يرون فرقاً بين الجناية بالتسبب والجناية بالمباشرة ويوجبون القصاص على الجانى فى الحالين .

٢٨٨ - خامساً أن تكون الجناية قد وقعت فى دار الحرب : يرى أبو حنيفة دون غيره من الأئمة أن لا قصاص من الجانى إذا كانت الجناية قد وقعت فى دار الحرب . ويرى بقية الأئمة القصاص سواء كانت الجناية فى دار الحرب أو دار الإسلام وقد سبق أن تكلمنا عن هذه المسألة وفيما ذكرناه غنى عن الإعادة[2]

٢٨٩ — سادساً : عدم إمكان الاستيفاء : يمتنع القصاص إذا لم يكن الاستيفاء ممكناً لأن القصاص قائم على التماثل واستيفاء المثل بدون مكان استيفائه ممتنع . فيمتنع الاستيفاء ضرورة . فمثلا إذا كان المجنى عليه مقطوع المفصل الأعلى من إبهام اليد اليمنى وجاء الجانى فقطع المفصل الثانى لنفس الأصبع فلا يمكن أن يقتص من الجانى إذا كان إبهام يده اليمنى سليما لأن القصاص يؤدى إلى قطع مفصلين والمقطوع مفصل واحد فينعدم التماثل وكذلك لو أجاف الجانى المجنى عليه أو شجه آمة أو دامغة فالقصاص لا يمكن فى هذه الحالات، لأنه لا يمكن إجافة الجانى أو شجه على وجه التماثل التام[3] ومن ثم يتعذر القصاص يتعذر استيفائه وينتقل

(١) بدائع الصنائع ص ٢٩٧
(٢) راجع الفقرة ١٥٩ .
(٣) بدائع الصنائع ص ٢٩٧ .

حق المجنى عليه إلى بدل القصاص وهو الدية .

٢٩٠ – أسباب امتناع القصاص الخاصة بما دون النفس : أسباب امتناع القصاص الخاصة بما دون النفس هى : أولا – عدم إمكان الاستيفاء بلا حيف . ثانياً – عدم المماثلة فى المحل . ثالثاً – عدم الاستواء فى الصحة والكمال . وهذه الأسباب ترجع كلها إلى أساس واحد هو التماثل ، فالقصاص يقتضى بطبيعته التماثل من كل وجه، التماثل فى الفعل والتماثل فى المحل والتماثل فى المنفعة

٢٩١ – أولا . عدم إمكان الاستيفاء بلا حيف . يشترط للقصاص أن يكون الإستيفاء ممكناً بلا حيف ، ولا يكون الاستيفاء ممكنا بلا حيف من الأطراف إلا إذا كان القطع من مفصل، أو كان له حد ينتهى إليه ، كمارن الأنف وهو مالان منه ، فإن كان القطع من غير مفصل أو لم يكن له حد ينتهى إليه كالقطع من قصبة الأنف أو من نصف الساعد ، أو من نصف الساق فالفقهاء فى ذلك على رأيين أولهما : يرى أنه لاقصاص مادام القطع من غير مفصل وليس له حد ينتهى إليه لتعذر الاستيفاء ، ومن هذا الرأى أبو حنيفة و بعض فقهاء مذهب أحمد ، الرأى الثانى يرى أصحابه أن يقتص من أول مفصل داخل فى محل الجناية وله حكومة فى الباقى حيث لايمكن القصاص على وجه المماثلة من غير المفصل ، فمن قطع ذراعه من نصف العضد كان له أن يقتص من المرفق و يأخذ حكومة عن نصف العضد ، ومن قطع ذراعه من نصف الساعد كان له أن يقتص من الكوع ويأخذ حكومة عن نصف الساعد من هذا الرأى الشافعى و بعض فقهاء مذهب أحمد ولكن الفقهاء فى مذهب أحمد يرى بعضهم أن المجنى عليه يستحق حكومة عن الزائد والبعض يرى أنه لا يستحق شيئا[1] تطبيقا للمبدأ القائل بأنه لايجمع فى عضو واحد بين قصاص ودية،أما مالك فيرى القصاص ولو كان القطع

(١) بدائع الصنائع ص ٢٩٨ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٨ – المهذب ج ٢ ص ١٩٢ ، ١٩٣ – الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٢٩ .

من غير مفصل إذا كان ذلك ممكناً ولا خوف منه فإن لم يكن كذلك فلا قصاص ، ولو رضى الجانى بالقطع من مفصل داخل فى الجناية ومن المتفق عليه بين أبى حنيفة والشافعى وأحمد ألا قصاص فى كسر العظام لأن التماثل غير ممكن ، والأمن من الحيف غير محقق

ولكن مالكاً يرى القصاص إذا قرر الخبراء أنه ممكن ولا خوف منه على حياة المقتص منه(1)

وإذا اصطحب الكسر شجة كالهاشمة والمنقلة أو جرح من جراح الجسد فيرى الشافعى القصاص من الموضحة لأنها داخلة فى الجناية ويمكن القصاص فيها وله أرش الباقى حيث تعذر فيه القصاص ، فانتقل إلى البدل وهذا هو مذهب أحمد إلا أن بعضهم يرى أن له أرش الباقى، والبعض يرى أن ليس له مع القصاص شىء لأنه جرح واحد فلا يجمع فيه بين القصاص والدية ويرى مالك القصاص من الجرح والعظم معا فى جراح الجسد لا فى شجاج الرأس إن كان ذلك ممكناً وإلا فلا ويرى مالك أيضاً أن لا قصاص فى الشجاج فيما فوق الموضحة ولو بقدر الموضحة ولكن فى الجسد إذا كان جرح مصحوب بكسر فلا مانع فى القصاص، إذا كان ذلك ممكنا فى الجميع وإلا فلا ، أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص أصلا

ومن المتفق عليه أن لا قصاص فيما فوق الموضحة من الشجاج لأن الاستيفاء دون حيف غير ممكن ، أما مادون الموضحة فيرى مالك القصاص فيه لأنه يرى الاستيفاء ممكنا دون حيف ، بأن يقاس طول الجرح وعمقه ويقتص بمثله ، وظاهر مذهب أبى حنيفة إن كان القصاص من الموضحة والسمحاق والباضعة والدامية وهو رواية عن محمد ، ورواية أخرى ألا قصاص فيما قبل الموضحة وهو رأى الشافعى وأحمد ، وحجتهما أن مادون الموضحة ليس له حد ينتهى إليه ، لأن الموضحة تنتهى إلى العظم ، أما مادونها فليس كذلك والقول بإمكان قياس عمق الجرح يؤدى إلى الإقتصاص من الباضعة أو السمحاق موضحة إذا

(1) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢٢٤ ، المدونة جـ ١٦ ص ١٢٢ ، ١٢٣

كان العضو أى لحم الشاج حيفاً، أو الاقتصاص من السحاق متلاحمة، أو باصعة إذا كان لحم الشاج أخف من لحم المشجوج[1].

وأساس اختلاف الفقهاء فى جميع ما سبق هو اختلاف التقدير، أما قاعدتهم جميعاً فواحدة، فمن رأى أن الاستيفاء ممكن فى حالة دون حيف قال به ومن رآه لا يمكن بغير حيف منع منه

٢٩٢ - ثالثا عدم التماثل فى الموضع: يشترط للقصاص التماثل فى الموضع أى فى محل الجناية، فلا تؤخذ شىء إلا بمثله ولا يقتص من عضو إلا لما يقابله فلا تؤخذ اليد إلا باليد لأن غير اليد ليس من جنسها، فهو ليس مثلا لها إذ التجانس شرط للمماثلة ولا تؤخذ الرجل إلا بالرجل والأصبع إلا بالأصبع والعين إلا بالعين والأنف إلا بالأنف ولا يؤخذ الإبهام إلا بالإبهام ولا السبابة إلا بالسبابة ولا الوسطى إلا بالوسطى ولا البنصر إلا بالبنصر ولا الخنصر إلا بالخنصر لأن منافع الأصابع مختلفة فكانت كالأجناس المختلفة ولا تؤخذ اليد اليمين إلا باليد اليمين ولا اليسرى إلا باليسرى لأن لليمين فضلا على اليسار ولذلك سميت يمينا، وكذلك الرجل وكذلك أصابع اليدين والرجلين لا تؤخذ اليمين منها إلا باليمين ولا اليسرى إلا باليسرى وكذلك الأعين كما قلنا، وكذلك الأسنان لا تؤخذ الثنية إلا بالثنية ولا الناب إلا بالناب ولا الضرس إلا بالضرس لاختلاف منافعها فإن بعضها قواطع وبعضها طواحن وبعضها ضواحك، واختلاف المنفعة بين الشيئين يلحقهما بجنسين مختلفين ولا مماثلة عند اختلاف الجنس، وكذلك لا يؤخذ الأعلى منها بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى لتفاوت المنفعة بين الأعلى والأسفل[2]

٢٩٣ - ثالثا المساواة فى الصحة: يشترط للقصاص أن يتساوى العضوان فى الصحة والكمال فلا تؤخذ مثلا عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد يد صحيحة

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٦١، ٤٦٢ - بدائع الصنائع ص ٩ ٣ ،مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، المهذب ج ٢ ص ١٩

(٢) بدائع الصنائع ص ٢٩٧ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٢ - المهذب ج ٢ ص ١٩٠ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ .

بيد شلاء ولا رجل صحيحة برجل شلاء لأن للمقتص يأخذ فوق حقه أما إذا أراد المجنى عليه أن يأخذ الشلاء بالصحيحة فله أن يقتص لأنه يأخذ دون حقه وليس له مع القصاص أرش مقابل نقص الشلل لأن الشلاء كالصحيحة فى الخلقة وإنما تنقص عنها فى الصحة والتماثل لا يشترط فى الصفات ، ويختلف الشافعى وأحمد فى أخذ الشلاء بالصحيحة فيشترطان أن يقرر أهل الخبرة أن قطع العضو الأشل لا يؤثر على حياة المقتص منه لأن الشلل علة والعلل تأثيرها على الأبدان .

أما مالك فيرى أن لا تؤخذ الصحيحة بالشلاء كما يرى أن لا تؤخذ الشلاء بالصحيحة ولو رضى المجنى عليه بها إلا إذا كان العضو الأشل فيه نفع للجانى فإن لم يكن فيه نفع فلا قصاص

ويرى مالك والشافعى وأحمد القصاص بين الأشلين للمساواة ويرى بعض فقهاء مذهب الشافعى أن لا قصاص لأن الشلل علة والعلل يختلف تأثيرها على الأجسام أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص بين الأشلين لأنه يشترط التماثل فى الأرش لأنه يسلك بالأطراف مسلك الأموال والشلل يؤثر على كل عضو تأثيراً مختلفاً فلا تصبح قيمتها واحدة ومن ثم امتنع القصاص لعدم المساواة[1] ويرى زفر القصاص عند تساوى الشلل

ولا يؤخذ الكامل بالناقص ، فمثلا لا تؤخذ يد ولا رجل كاملة الأصابع بيد أو رجل تنقص أصبعاً أو أكثر لانعدام المساواة ، وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، ولكن يجوز أخذ الناقص بالكامل فتؤخذ اليد أو الرجل الناقصة أصبعاً أو أكثر باليد أو الرجل الصحيحة ، وليس للمقتص شىء عند أبى حنيفة ورأى فى مذهب أحمد ، وله عند الشافعى ورأى فى مذهب أحمد أرش ما نقص لأنه وجد بعض حقه فاقتص فيه ، وعدم بعضه فانتقل القصاص فيه إلى البدل وهو الأرش ، أما مالك فيرى قطع اليد أو الرجل الناقصة أصبعاً واحداً بالكاملة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٦ ، ٣٠٨ — بدائع الصنائع ص ٣٠٢ ، المهذب ج ٢ ص ١٩٣ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٥٨ — ٤٨٨

بلا عرم على الجانى ولا خيار للمجنى عليه فى نقص الأصبع وله أن يختار بين القصاص وبين الدية إن كان النقص أصبعين فأكثر ، أما الأصبع وبعض الآخر فلا خيار فيه للمجنى عليه لأنه نقص يسير لا يمنع المماثلة ، ومن ثم فيتعين قطع الناقصة بالكاملة أما إذا نقصت يد المجنى عليه أو رجله أصبعاً فالقود على الجانى الكامل الأصابع ولا يغرم المجنى عليه الناقص الأصابع أرش الأصبع الزائد ، ولا قصاص إن نقصت يد المجنى عليه أكثر من أصبع ، إذا كانت يد الجانى كاملة الأصابع[1]

ولا تؤخذ يد ذات أظافر بيد لا أظافر لها ، لكن تؤخذ اليد ذات الأظافر الصحيحة باليد ذات الأظافر المسودة أو المخضرة . لأن هذا الوصف لا يوجب نقصاً فى المنفعة ولأن الصحيح يؤخذ بالسقيم[2].

وإذا قطع يد رجل وفيها أصبع زائدة وفى يد الجانى مثلها ، فلا قصاص عند أبى حنيفة لأن الأصبع الزائدة نقص وعيب ، ويرى أبو يوسف القصاص للتماثل والمساواة وهو رأى الشافعى وأحمد ويتفق مع رأى مالك .

ويرى أبو حنيفة ، أن مقطوع الإبهام إذا قطع يد مقطوع الإبهام فلا قصاص لأن قطع الإبهام توهين للكف ، ويسقط تقدير الأرش ، فلا يعرف إلا بالحزر والظن ، فتنعدم المماثلة . وعند بقية الفقهاء القصاص واجب للتماثل[3]

كيف طبق الفقهاء شروط القصاص الخاصة

أولا . فى أبانة الأطراف وما يجرى مجراها ؟

٢٩٤ ـ الجفن : يؤخذ الجفن بالجفن عند الشافعى وأحمد لقوله تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه إلى مفصل فوجب فيه القصاص ، ويؤخذ جفن البصير بجفن الضرير ، وجفن الضرير بجفن البصير ، لأنهما متساويان فى السلامة من النقص وعدم الإبصار ليس نقصاً فى الجفن ذاته

(١) بدائع الصنائع ص ٢٩٨ ـ الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٤٨ ـ ٤٤٩ ـ المهذب جـ ٨ ص ١٩٣ ـ المواهب جـ ٦ ص ٢٤٩ والدردير جـ ٤ ص ٢٢٦ ـ البحر الرائق ص ٣٠٨

(٢) البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٠٨ ، المواهب جـ ٦ ص ٢٤٢

(٣) بدائع الصنائع ص ٣٠٣ ، المهذب جـ ٢ ص ١٩٤ .

وإنما هو نقص فى غيره[1] أما عند مالك وأبى حنيفة فلا قصاص فى جفون العين لأنه لا يمكن استيفاء المثل تماماً من دون حيف[2]

٢٩٥ - الأنف يؤخذ الأنف بالأنف عند مالك والشافعى وأحمد لقوله تعالى . ﴿ والأنف بالأنف ﴾ ولا يجب القصاص فى الأنف إلا فى المارن ، وهو مالان منه ، لأنه ينتهى إلى مفصل ، ويؤخذ الكبير بالصغير والأقنى بالأفطس. والأشم بالأخشم الذى لا يشم . لأنهما متساويان فى السلامة من النقص وعدم الشم نقص فى غيره ويؤخذ البعض بالبعض ، وهو أن يقدر ماقطعه بالجزء كالنصف والثلث ثم يقتص بالنصف والثلث من مارن الجانى ولا يؤخذ قدره بالمساحة لأن أنف الجانى قد يكون صغيراً وأنف المجنى عليه كبيراً ، فإذا اعتبرت المماثلة بالمساحة أدى ذلك إلى قطع جميع المارن بالبعض .

ويؤخذ المنخر بالمنخر ، والحاجز بين المنخرين بالحاجز ، لأنه لا يمكن القصاص فيه لانتهائه إلى مفصل ، ولا يؤخذ مارن صحيح بمارن سقط بعضه بالجذام ، ولكن يؤخذ المارن الصحيح بالمارن المريض بالجذام ما دام لم يسقط منه شىء ، وإن قطع من سقط بعض مارنه مارناً صحيحاً للمجنى عليه أن يقتص من الموجود ، وينتقل فى الباقى إلى البدل عند الشافعى وبعض فقهاء مذهب أحمد وليس له شىء غير القصاص عند مالك وبعض فقهاء مذهب أحمد وإن قطع الأنف من أصله اقتص من المارن لأنه داخل فى الجناية ويمكن القصاص فيه كما يرى الشافعى وأحمد ، وينتقل فى الباقى إلى الحكومة لأنه لا يمكن القصاص فى الباقى لأنه عظم ، فانتقل فيه إلى البدل كما يرى الشافعى وبعض فقهاء مذهب أحمد وليس له شىء مع القصاص على ما يرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد أما مالك فيرى القصاص من العظام كلما كان ذلك ممكناً فإن لم يكن ممكناً فلا قصاص[3]

---

(١) المهذب حـ ٢ ص ١٩١ ـ الشرح الكبير حـ ٩ص ٤٣٦
(٢) مواهب الجليل حـ ٦ ص ٢٤٧ ، بدائع الصنائع حـ ٧ ص ٣٠٨
(٣) المدونة حـ ١٦ ص ١٢٣ ـ مواهب الجليل حـ ٦ ص ٢٢٧ ، ١٢٨

أما أبو حنيفة فيرى القصاص فى الأنف إذا أخذ كل المارن ، لأن له حداً ينتهى إليه وهو ما لان منه ، أما إذا قطع بعضه ، أو كان القطع من قصبة الأنف فلا قصاص لتعذر استيفاء المثل فى البعض ولأنه لاقصاص من العظم ، وإن كان أنف القاطع أصغر خير المقطوع أنفه الكبير إن شاء قطع وإن شاء أخذ الدية ، وكذلك إذا كان قاطع الأنف أخشم لا يجد الريح أو أخرم الأنف أو بأنفه نقصان من شىء أصابه فإن المقطوع مخير بين القطع وبين أخذ دية أنفه[1] .

العين : تؤخذ العين بالعين عند الفقهاء الأربعة لقوله تعالى ﴿والعين بالعين﴾ ولأنها تنتهى إلى مفصل يجرى القصاص فيها ، وتؤخذ العين السليمة بالصحيحة خلقة أو من كبر ، فتؤخذ عين الشاب بعين الشيخ المريضة ، وعين الكبير بعين الصغير والأعمش ، ولا تؤخذ الصحيحة بالقائمة لأنه يأخذ أكثر من حقه ، وتؤخذ القائمة بالصحيحة لأنها دون حقه ولا أرش ، لأن التفاوت فى الصفة ويستثنى أبو حنيفة من القصاص ما لو كانت عين المجنى عليه فيها بياض ولكن يبصر بها ، وكذلك عين الجانى فإنه لاقصاص فيهما[2]

وإذا قلع الأعور عين صحيح فلا قود عليه وعليه دية كاملة عند أحمد ، وحجته أن عمر وعثمان قضيا بهذا ولم يكن لهما مخالف فى عصرهما فصار إجماعاً

أما مالك فيرى تخيير المجنى عليه فإن شاء اقتص وإن شاء أخذ دية كاملة ، ويرى أبو حنيفة والشافعى أن للمجنى عليه القصاص ولا شىء عليه ، وإن عفا فله نصف الدية فقط .

أما مالك فجعل له الدية كاملة ، لأن عين الأعور هى كل بصره أى تساوى عينين ولو قلع الأعور عين مثله ففيه القصاص دون خلاف لتساويهما من كل وجه إذا كانت العين مثل العين فى كونها يميناً أو يساراً ، وإن عفا إلى الدية فله جميعها ، لأنه ذهب بجميع بصره فأشبه ما لو قلع عين صحيح

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦ ٣ ـ حاشية الطهطاوى جـ ٤ ص ٢٦٨

(٢) راجع حاشية الطهطاوى ص ٢٦٨

وإن قلع الأعور عين صحيح فالرأي الراجح في مذهب أحمد ، إن شاء القصاص ولا شيء له سوى ذلك لأنه قد أخذ جميع بصره ، فإن اختار الدية فله دية واحدة ، والرأي المرجوح يرى أن له ديتين ، إحداهما : العين التي تقابل عينه ، والدية الثانية لأجل العين الثانية وعند مالك للمجني عليه القصاص ونصف الدية .

وإن قلع صحيح العينين عين أعور فله القصاص من مثلها ويأخذ نصف الدية لأن الجاني ذهب بجميع بصره وأذهب الضوء الذي بدله دية كاملة ، وقد تعذر استيفاء جميع الضوء ، إذ لا تؤخذ عينان بعين واحدة ، ولا أحديهما يسرى ، ويجب الرجوع ببدل نصف الضوء ، ويرى البعض أن ليس له إلا القصاص من غير زيادة أو العفو على الدية . لأن الزيادة هنا غير مثمرة فلم يكن لها بدل

ويرى مالك أن الصحيح إذا فقأ عين الأعور فللأخير أن يقتص أو يأخذ دية كاملة لا نصف دية (1)

٢٩٦ – الأذن . وتؤخذ الأذن بالأذن عند الأئمة الأربعة لقوله تعالى ﴿والأذن بالأذن﴾ ولأنه يمكن القصاص لانتهائه إلى حد فاصل وتؤخذ أذن السميع بأذن الأصم ، وأذن الأصم بأذن السميع ، لأنهما متساويان في السلامة من النقص ، وعدم السمع نقص في غير صوان الأذن وتؤخذ بعض الأذن بعضها ويراعى في تقدير المقطوع نسبته إلى الباقي فيقدر بالجزء ولا يقدر بالمساحة كما ذكر في حالة الأنف

ويؤخذ الصحيح بالمثقوب والمثقوب بالصحيح ، لأن المثقوب ليس بنقص ، وإنما تثقب الأذن للزينة ، ولا يؤخذ صحيح بمشقوق لأنه يأخذ أكثر من حقه وتؤخذ المشقوق بالصحيح وله من الدية مايقابل النقص عند الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد ، وليس له شيء عند باقي الفقهاء (2)

(1) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٩ ، المغني جـ ٩ ص ٤٣٠ – ٤٣٢ ، المهذب جـ ٢ ص ١٩١ – حاشية الطحطاوي جـ ٤ ص ٢٦٨

(2) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٦ ، المدونة جـ ١٦ ص ١١٣ ، المهذب جـ ٢ ص ١٩١ الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٣ ، البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٠٣

٢٩٧ – الشفتان • وتؤخذ الشفة بالشفة ، وهو ما بين حد الذقن والخدين علواً وسفلا لقوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾ ولأنه ينتهي إلى حد معلوم ، والقصاص فيه ممكن وهذا هو رأي الأئمة الأربعة ، وفي مذهب الشافعي ، من يرى أن لا قصاص في الشفتين لأنه قطع لحم لا ينتهي إلى عظم ، وهو رأي مرجوح ، وفي مذهب أبي حنيفة يرون القصاص في الكل ، ولا يرون القصاص في الجزء لعدم إمكان القصاص بدون حيف[1]

٢٩٨ – اللسان • ويؤخذ اللسان باللسان عند مالك والشافعي وأحمد لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأن له حداً ينتهي إليه ، فاقتص فيه ، ولا يؤخذ لسان الناطق بلسان الأخرس ، لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويؤخذ لسان الأخرس بلسان الناطق لأنه يأخذ بعض حقه ، ولا يرى مالك القصاص في هذه إلا إذا كان في اللسان منفعة للجاني كما هو الحال في اليد الشلاء ، وإن قطع نصف اللسان أو ثلثه أو ربعه اقتص من لسان الجاني في مثل ذلك القدر ، وفي مذهب الشافعي رأي يرى عدم القصاص في البعض ، لأنه لا يؤمن أن يتجاوز القدر المستحق ولكنه رأي مرجوح والمذهب أن ما يمكن القصاص في كله يمكن القصاص في بعضه[2] أما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص في اللسان كله أو بعضه إذ القاعدة عنده أن ما ينقبض وينبسط لا يمكن استيفاء القصاص فيه بصفة المماثلة، ولكن أبا يوسف يرى القصاص في كل اللسان إن استوعب قطعاً ، إذ يمكن القصاص على وجه المماثلة بالاستيعاب[3] .

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٦ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٠٨ ، المهذب جـ٢ ص ١٩٢ ــ الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٣٦

(٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٦ ، المهذب جـ ٢ ص ١٩٢ ، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٣٦

(٣) بدائع الصنائع ٨ ٣

٢٩٩ ـ السن بالسن . ويؤخذ السن بالسن لقوله تعالى ﴿ والسن بالسن ﴾ ولأنه محدود فى نفسه يمكن القصاص فيه دون حيف ، ولا يؤخذ سن صحيح بسن مكسور ، لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويأخذ المكسور بالصحيح ، ولا شىء له عند مالك وأبى حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد ، وله مقابل ما نقص من المكسور عند الشافعى وبعض فقهاء مذهب أحمد ، ولا قصاص فى قلع السن الزائد لتعذر المثل ، وإن كان له سن زائد فى غير موضع المقلوع لم تؤخذ به ، ويرى الشافعى القصاص فى السن الزائد إذا كان له مماثل وكذلك أحمد ولا يرى ذلك أبو حنيفة

ولا يقتص إلا من سن قد سقطت رواضعه ثم نبتت بعد ذلك ، وإلا فلا قصاص ، حيث إنها تعود بحكم العادة كما كانت قبل السقوط أو الكسر[1]

٣٠٠ ـ اليد . وتؤخذ اليد باليد والرجل بالرجل والأصابع بالأصابع والأنامل بالأنامل لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأن لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف فوجب القصاص

وإذا كان القطع من مفصل الكوع أو المرفق فله القصاص باتفاق الفقهاء ، أما إذا كان القطع من غير مفصل كالقطع من الكف أو الساعد أو العضد فمالك يرى القصاص إذا أمكن ولم يخف منه وإلا فلا قصاص ، وأبو حنيفة وأحمد والشافعى لا يرون القصاص لأن محل القطع عظم ، لكن يجوز عند الشافعى وبعض فقهاء مذهب أحمد أن يقتص المجنى عليه من أول مفصل داخل فى الجناية ، ولا يجيز هذا أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد ولا يجيزه مالك حتى لو اتفق عليه الطرفان ، ومن أجازه من فقهاء مذهب أحمد اختلفوا ، فبعضهم يرى أن للمجنى

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٩ ، ٢٦١ ـ المهذب جـ ٢ ص ١٩٢ ـ الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٢٤ البحر الرائق ص ٤ ، ٣ ، ٣

عليه أرش الباقي ، وبعضهم يرى أن لا شيء له مع القصاص ، ومذهب الشافعي أن له أرش الباقي

وقياساً على ماسبق يكون الحكم في الأعضاء ذات المفاصل ، وهي الأصابع والرجلين ، ولاتؤخذ كاملة الأصابع بناقصة الأصابع ، فإن قطع من له خمس أصابع كف من له أربع أصابع أو قطع من له ست أصابع كف من له خمس أصابع لم يكن للمجني عليه أن يقتص منه عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد لأنه يأخذ أكثر من حقه ، لكن الشافعي يجيز هو وبعض فقهاء مذهب أحمد أن يأخذ من أصابع الجاني مايقابل الأصابع المقطوعة لأنها داخلة في الجناية ويمكن استيفاء القصاص فيها ، ولا يرى ذلك أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد ، أما مالك فيجيز القصاص بين اليد الكاملة واليد الناقصة إذا كان النقص في الجاني أو المجني عليه أصبعاً واحدة ، أيا كانت ، ولا مقابل للأصبع الزائدة فإن زاد النقص عن أصبع واحدة فلا قصاص ، ولا يجيز مالك مايجيزه الشافعي من أخذ الأصابع دون الكف

وتؤخذ يد ناقصة الأصابع بيد كاملة الأصابع ، فإن قطع من له أربع أصابع كف من له خمس أصابع ، أو قطع من له خمس أصابع كف من له ست أصابع فللمجني عليه أن يقتص من الكف وليس له شيء عند أبي حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد ، وله دية الأصبع الخامس والحكومة في الأصبع السادس عند الشافعي فقهاء مذهب أحمد لأنه وجد بعض حقه ، وعدم الباقي ، فأخذ للموجود وانتقل في المعدوم إلى البدل ، أما الفريق الآخر فحجته أنه لايجوز الجمع بين قصاص ودية في عضو واحد ورأى مالك تؤخذ الناقصة بالكاملة إذا كان النقص أصبعاً واحداً ، ولا مقابل للناقص فإن كان النقص أكثر من أصبع خير المجني عليه بين القصاص والدية ، فإن اقتص فلا شيء له

ولا يؤخذ أصلي بزائد ، فإن قطع من له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة لم يكن للمجني عليه أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويجيز الشافعي وبعض فقهاء أحمد القصاص من الأصابع الأصلية

على ما ذكرنا آنفاً ، ومذهب مالك يجيز القصاص لأن نقص أصبع واحدة لا يمنع من القصاص

ويجوز أخذ الزائد بالأصلي ، فإن قطع من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية ، فللمجني عليه عند الشافعي أن يقتص من الكف لأنه دون حقه ، ولا شيء له لنقصان أصبع أصلية ، لأن الأصبع الزائدة تقوم مقامها ، إذ أنها مثلها في الخلقة وفي مذهب أحمد رأي يرى أن لاقصاص لاختلاف الزائدة عن الأصلية ، ورأي يرى القصاص إذا كانت الزائدة في محل الأصلية ، ورأي يرى القصاص مطلقاً لأن الزائدة لا عبرة بها

ويظهر أن أبا حنيفة يجيز أخذ الزائد بالأصلي ، لأنه يعتبر الزيادة نقصاً ، والقاعدة عنده أن الناقص يؤخذ بالكامل[1]

والقاعدة عند مالك . أنه لا يؤخذ الكامل بالناقص ويؤخذ الناقص بالكامل ، إلا إذا رضي المجني عليه أن يأخذه دون مقابل النقص حتى لا يجمع بين قصاص ودية

فمثلا إذا قطع صاحب اليد السليمة أقطع الكف لم يقتص للأقطع من يد السليم حيث لا تؤخذ كامل بناقص ، لكن إذا قطع أقطع الكف يد غيره من المرفق فللمجني عليه القصاص بأن يقطع اليد الناقصة من المرفق وله أن يختار الدية ، فإذا قطع اليد الناقصة فلا شيء له[2]

ولا يجيز مالك لمن قطع من مفصل أن يقطع الجاني من مفصل أدنى منه داخل في الجناية ولو رضي الجاني والمجني عليه ، لكن إذا وقع القصاص على هذا الشكل فقد أجزأ ولا يعاد لو طلب المجني عليه استيفاء الباقي[3]

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٩ – بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٨ ، ٣ ٣ – المهذب ج ٢ ص ١٩٢ ، ١٩٤ – الشرح الكبير ج ٦ ص ٤٣٧ ، ٤٩٩ ، ٤٥ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ – وشرح الدردير يجوز أخذ الزائد بالزائد

(٢) شرح الدردير ص ٢٢٥

(٣) المرجع السابق

ويقتص من الأصبع الزائد فى الأصبع الزائد المماثل كما جاء فى شرح الدردير إذا تساويا فى المحل ، ولا يرى ذلك أبو حنيفة لأن الزائد فى معنى الزلزل ، ولا قصاص عنده فى مزلزل ، حتى أنه يرى أن لاقصاص بين يدين فى كل منهما أصبع زائدة ، ولكن أبايوسف يرى القصاص فى هذه الحالة للمساواة بين اليدين.

٣٠١ — الإليتان : ـ وتؤخذ الإليتان بالإليتين وهما الناتئتان بين الظهر والفخذ ، وهو رأى مالك ويأخذ به بعض فقهاء مذهب الشافعى وأحمد ، وحجتهم قوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأن الإليتين ينتهيان إلى حد فاصل ، فوجب فيهما القصاص كأى عضو له مفصل،أما البعض الآخر فيرى أن لاقصاص لأن الإليتين لحم متصل بلحم وليس له حد فاصل يؤمن معه الحيف وهو رأى أبو حنيفة[1]

٣٠٢ — ويؤخذ الذكر بالذكر لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأنه ينتهى إلى حد فاصل يمكن الفصل فيه من غير حيف عند مالك والشافعى وأحمد ، ويرى أبو حنيفة أن لاقصاص فى الذكر لأنه ينقبض وينبسط فلا يمكن القصاص على وجه المماثلة ولكن أبا يوسف يرى القصاص إذا استوعبت الذكر كله لأن له حدا ينتهى إليه

وتؤخذ بعضه ببعضه عند مالك وأحمد،وفى مذهب الشافعى رأيان أرجحهما أخذ البعض بالبعض ، وعند أبى حنيفة تؤخذ الحشفة بالحشفة ولاقصاص فى بعضها ولا فى بعض الذكر غيرها .

وتؤخذ ذكر الفحل بذكر الخصى لأنه كذكر الفحل فى الجماع وعدم الإنزال لمعنى فى غيره ويقطع الأغلف بالمختون،لأنه يزيد على المختون بجلدة تستحق إزالتها بالختان،ولا تؤخذ صحيح بأشل،لأن الأشل ناقص بالشلل فلا تؤخذ به كامل[2]

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٦ ـ بدائع الصنائع ص ٢٩٨ ، ٢٩٩ ـ المهذب جـ٢ ص ١٩٤ ـ الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٣٩

(٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص٢٤٦ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٨ ٣ ـ المهذب جـ ٢ ص ١٩٤ ـ الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٣٩

٣٠٣ — وتؤخذ الأنثيان بالأنثيين لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأنه ينتهى إلى حد فاصل يمكن القصاص فيه ؛ فإن قطع أحد الأنثيين وقال أهل الخبرة يمكن أخذها من غير إتلاف الأخرى اقتص منه حتى لا تؤخذ أنثيان بواحدة ، وهذا هو رأى الشافعى وأحمد والظاهر من مذهب مالك ، أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص فى الأنثيين حيث لا حد لهما ينتهيان إليه فيهما[1] .

٣٠٤ — الشفران — قياس مذهب مالك أن فى الشفرين القصاص ، وقياس مذهب أبى حنيفة لا قصاص فيهما ، وفى مذهب الشافعى وأحمد رأيان أحدهما يقول بالقصاص ، والثانى يرى أن لا قصاص ، وحجة الأول أن لهما حداً ينتهيان إليه ، وحجة الثانى أن الشفرين لحم وليس لهما حد ينتهيان إليه[2]

ثانياً ـ فى إذهاب معانى الأطراف

٣٠٥ — المفروض فى تفويت منفعة الأطراف بقاء أعيانها ، فإن ذهب المعنى مع الطرف دخل الفعل تحت أبانة الأطراف ، لأن معنى الطرف يكون تابعاً للطرف فى هذه الحالة

والأصل أنه لا قصاص فى تفويت منفعة معانى الأطراف لعدم إمكان الاستيفاء ، ولكن معظم الفقهاء لا يرون مانعاً من محاولة القصاص ، فإن أمكن الاستيفاء ، فقد أخذ المجنى عليه حقه ، وإن لم يتمكن ألزم الجانى بالدية وهم مفرقون بين ما إذا كان الفعل يجب فيه القصاص أو لا يجب فيه القصاص . فإن كان فيه القصاص استوفى القصاص فى الفعل المادى ، فإن ذهبت المعانى المماثلة فقد انتهى الإشكال ، وإن لم تذهب عمل على إذهابها بطريقة إن أمكن

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٧ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٠٩ ـ المهذب جـ ٢ ص ١٩٤ ـ الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٤

(٢) المهذب جـ ٢ ص ١٩٤ ـ الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٤٠ ويرى مالك وأحمد والشافعى القصاص فى الأظفار ويرى أبو حنيفة القصاص فى حلمة الثدى دون الثدى ، وعند مالك وأبى حنيفة لا قصاص فى شعر الرأس والحاجبين والشارب واللحية

فإن لم يكن ذلك في الإمكان فقد امتنع القصاص لعدم إمكانه ووجبت الدية محله

وإذا كان الفعل لا يجب فيه القصاص عمل على إذهاب المعاني بطريقة علمية إن أمكن ذلك ، فإن ذهبت المعاني فقد أخذ المجني عليه حقه ، وإلا وجب عليه الدية بدلاً من القصاص ، وهذا هو رأي مالك والشافعي وأحمد(١) ، أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص في الفعل ولا في ذهاب المعنى ، ولو كان الفعل أصلاً يمكن القصاص فيه كالموضحة التي تذهب البصر ، لأن القصاص على وجه المماثلة غير ممكن ، إذ الفعل الذي يراد القصاص فيه جرح مذهب لمعنى طرف ، وإحداث مثل هذا الجرح على وجه التماثل غير ممكن ، ويرى أبو يوسف ومحمد القصاص في الفعل إذا كان مما يجب فيه القصاص وفي للمعنى الدية ، وهناك رواية عن محمد عن ابن سماعة أن في الفعل وللمعنى القصاص معاً إذا كان القصاص من المعنى ممكناً كالإبصار ، أما إذا كان القصاص من المعنى غير ممكن فلا قصاص إلا في الفعل ، ويرى بعض أصحاب الشافعي أن لا قصاص في السراية أصلاً وهو رأي مرجوح وليس هو المذهب(٢) .

ويضربون مثلاً لتطبيق القواعد السابقة في حالة وجوب القصاص في الفعل برجل ضرب آخر فشجه موضحة ذهب معها سمعه أو بصره أو شمه ، فللمجني عليه عند مالك والشافعي وأحمد أن يقتص من الموضحة ، فإن ذهب معها السمع أو البصر أو الشم فقد أخذ حقه ، وإن لم يذهب عولج بما يذهب بصره أو سمعه أو شمه دون جناية على العين أو الأذن أو الأنف ، فإن كان إذهاب المعاني يقتضي الجناية على هذه الأعضاء لم يجر إذهاب المعاني ويرى أبو حنيفة أن لا قصاص في الموضحة ولا في غيرها ، ويرى محمد وأبو يوسف القصاص في الموضحة

(١) شرح الدردير جـ ٤ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ـ المهذب جـ ٢ ص١٩٩ ، ٢ ـ الشرح الكبير جـ ٩ص ٤٤١ ، ٤٤٢

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧ ٣ ـ الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٠٢

فقط ، ورأى محمد عن ابن سماعة ، ورأى بعض فقهاء مذهب الشافعي يرى القصاص للمباشر من الموضحة ومن العين ، ولا يرى القصاص للمباشر من السمع والشم لأنه غير ممكن

ويضربون مثلا في حالة عدم القصاص شجة وفوق الموضحة لا قصاص فيها من الجرح ، وإنما تبقى فقط محاولة إذهاب المعنى ، على أن الشافعي وبعض الفقهاء في مذهب أحمد يرون أن يقتص موضحة فقط في هذه الحالة .

ثالثاً : القصاص في الشجاج

٣٠٦ – لا خلاف بين الفقهاء الأربعة على أن الموضحة من الشجاج فيها القصاص لإمكان الاستيفاء على وجه المماثلة ، إذ لها حد تنتهي إليه السكين وهو العظم ، ولا خلاف بينهم أيضاً في أنه لا قصاص فيما بعد الموضحة لتعذر الاستيفاء على وجه المماثلة لأن الهاشمة تهشم العظم والمنقلة تنقله من مكانه بعد هشمه ، والآمة لا يؤمن معها أن تصل السكين إلى المخ وكذلك الدامغة

أما ما قبل الموضحة من الشجاج فمختلف فيه فمالك يرى القصاص فيها جميعاً لإمكان القصاص[1] ، وأبو حنيفة يرى طبقاً لرواية الحسن أنه لا قصاص في الشجاج إلا في الموضحة والسمحاق إن أمكن القصاص في السمحاق ، بينما ذكر محمد في الأصل أن القصاص واجب في الموضحة أو السمحاق ، الباضعة والدامية ، لأن استيفاء المثل ممكن بقياس الجراحة طولا وعمقاً[2]

ومذهب الشافعي وأحمد على أنه لا قصاص في غير الموضحة من الشجاج ، لأن ما فوق الموضحة يتعذر فيه الاستيفاء على وجه المماثلة ، لكنهما يريان أن للمجني عليه الحق في أن يقتص ، وهي بعض حقه ، لأن مافوق الموضحة يزيد عليها فإذا اقتص موضحة فقط فقد أخذ بعض حقه ، ويرى الشافعي أن للمجني عليه مع ذلك أن يأخذ الفرق بين دية الموضحة ودية تلك الشجة . لأن تعذر

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦

(٢) بدائع الصنائع ص ٣٠٩

القصاص على سبيل المماثلة ينقل حقه إلى البدل فيما لم يقتص منه ، ويرى بعض فقهاء مذهب أحمد هذا الرأى ، ويرى البعض الآخر أن لا شيء له مع القصاص حتى لا يجتمع القصاص والدية فى عضو واحد

أما ما قبل الموضحة من الشجاج فيرى الشافعى وأحمد أن لا قصاص فيها لأنها جراحات لا تنتهى إلى عظم فليس لها حد معلوم تؤمن معه الزيادة ، ولا عبرة عندهما بقياس عمق الجرح ، لأن الأخذ بهذه الفكرة يؤدى إلى أن يقتص من الباضعة والسمحاق موضحة ومن الباضعة سمحاقاً ، لأنه قد يكون لحم المشجوج كثيراً ، بحيث يكون عمق باضعته كعمق موضحة الشاج أو سمحاقه ، ولأننا لم نعتبر فى الموضحة عمقها فكذلك يجب أن يكون الحال فى غيرها[١] .

القصاص فى الجراح

٣٠٧ — اختلف الفقهاء اختلافاً بيناً فى الجراح ، فمالك يرى القصاص فى كل جراح الجسد ولو كانت منقلة أو هاشمة ، أى ولو كانت مصحوبة بكسر فى العظام ، لأنه يرى القصاص ممكناً على وجه المماثلة ، ولا يمنع القصاص إلا إذا عظم الخطر منه كما فى عظام الصدر والعنق والصلب والفخذ ، فإذا لم يكن هناك خطر أصلا أو كان خطر لم يعظم فالقصاص واجب[٢] ولا قصاص فى الجائفة

ويرى أبو حنيفة أن لا قصاص فى الجراح أصلا ، سواء كانت جائفة أو غير جائفة حيث لا يمكن الاستيفاء فيها على وجه المماثلة ، لكن إذا أدى الجرح للموت وجب فيه القصاص إن كان الجانى متعمداً القتل لأن الجراحة تصبح بالسراية نفساً[٣]

ويرى الشافعى وأحمد القصاص فى جراح الجسد إذا كان الجرح فى معنى

(١) المهذب ج ٢ ص ١٩٠ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٦ ، ٤٦٣

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٠

للموضحة أي إذا كان الجرح ينتهي إلى عظم كجروح الساعد والعضد والساق والفخذ فهذه يمكن المماثلة فيها فيجب فيها القصاص . ولكن بعض أصحاب الشافعي لا يرون القصاص في جراح الجسد أياً كانت وهو رأي مرجوح وحجتهم أن موضحة الرأس لها أرش مقدر ، أما جراح الجسد فلا ، ورد عليهم بأن الأساس في القصاص ليس الأرش ، وإنما قوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ [1] .

وأساس اختلاف الفقهاء هو اختلاف التقدير ، فمن رأى القصاص ممكناً على وجه المماثلة في معظم الجراح كمالك قال به ومن رآه غير ممكن أصلا كأبي حنيفة قال لا قصاص ، ومن رآه ممكناً في الإيضاح فقط كالشافعي ومالك قال بالقصاص فيما أوضح العظم من الجراح فقط

القصاص في القسم الخامس

٣٠٨ — إذا لم يذهب الاعتداء بطرف أو بمعناه ولم يحدث شجة ولا جرحا فلا قصاص طبقاً لرأي أغلب الفقهاء . فاللطمة والوكزة والوجأة وضربة السوط والعصا لا قصاص فيها إذا لم تترك أثراً [2]

ويستثنى مالك السوط ، ويرى القصاص في ضربة السوط ولو لم يحدث جرحاً أو شجة ، ولكنه لا يرى القصاص في اللطمة وضربة العصا إلا إذا تركت جرحاً أو شجة [3] ويرى شمس الدين بن قيم الجوزية من فقهاء الحنابلة القصاص في اللطمة والضربة بقوله تعالى ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ وقوله تعالى ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ فأمر بالمماثلة في العقوبة والقصاص فالواجب أن يفعل بالمعتدى كما فعل فإن لم يمكن كان الواجب ما هو الأقرب والأمثل وسقط ما عجز عنه العبد من المساواة من كل وجه ، ولا ريب أن اللطمة باللطمة والضربة بالضربة أقرب إلى المماثلة المأمور بها

(١) المهذب ج ٢ ص ١٩ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٦

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٩ ، (٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧

المدونة ج ٦ ص ٢٣٩ — الاقناع ج ٤ ص ١٩

حساً وشرعاً من التعزير بغير حبس اعتدائه ، وقدره وحقيقته ، وقد استدل على صحة رأيه بأن أحمد بن حنبل قال بالقصاص من اللطمة والضربة ، وأن أبا بكر وعثمان وعليا وخالد بن الوليد أقادوا من لطمة ، وأن عمر بن عبد العزيز أقاد رجلا صفعه آخر حتى سلح[1] ويرى بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى وأحمد القصاص من اللطمة إذا ذهبت بضوء العين[2] ولكنهم لا يرون القصاص فى اللطمة وحدها

استيفاء القصاص

٣٠٩ – مستحق القصاص . مستحق القصاص فيما دون النفس هو المجنى عليه دون غيره وله أن يستوفى القصاص إذا كان بالغاً عاقلا فإن لم يكن كذلك فيرى مالك وأبو حنيفة أن يقوم مقامه فى الاستيفاء الولى أو الوصى[3] وهذا الرأى يأخذ به بعض الفقهاء فى مذهب أحمد

ويرى الشافعى وأغلب الفقهاء فى مذهب أحمد أن الولى والوصى ليس لهما أن يستوفيا قصاصاً استحق للصغير أو المجنون ، لأن القصاص للتشفى ، ولا يتوفر هذا المعنى فى قصاص الولى والوصى فينتظر بلوغ الصغير وإفاقة المجنون[4]

ويعطى مالك للولى والوصى والقيم حق الاستيفاء فى النفس وفيما دونهـــا ويعطى أبو حنيفة للولى حق الاستيفاء فى النفس ، وللولى والوصى والقيم حق الاستيفاء فيما دون النفس ، ويعلل ذلك بأن تصرف الوصى لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة فى حق الصغير لقصور فى الشفقة الباعثة عليه بخلاف الأب والجد ولذا لا يلى استيفاء القصاص فى النفس ، أما ما دون النفس فيسلك بهما مسالك

(١) اعلام الموقعين جـ ٢ ص ٢ وما بعدها
(٢) المهذب جـ ٢ ص ١٩٩ المغنى جـ ٩ ص ٤٢٨
(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٤٤ – مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٥٢
(٤) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٨٣ ، ٣٨٤ – مهذب جـ ٢ ص ١٩٦

الأموال، وللوصى ولاية استيفاء المال . فأجيز له أن يستوفى القصاص فيما دون النفس ، لأنه فى حكم استيفاء المال[١].

٣١٠ - هل يحبس الجانى إذا أخر القصاص ؟ ومن يرى تأخير القصاص حتى البلوغ أو إفاقة المجنون لا يرى حبس الجانى حتى البلوغ أو الإفاقة ما دامت الجناية على ما دون النفس ، بل يطلق سراح الجانى ، أما إذا كانت الجناية على النفس فيحبس الجانى ، ويترتب على هذا أنه لو أطلق سراح الجانى ثم مات المجنى عليه بالسراية تعين حبس الجانى ،لأن الجناية أصبحت نفساً[٢]

٣١١ - مدى سلطة الولى والوصى . تتأثر سلطة الولى والوصى طبقاً لاختلاف وجهة نظر الفقهاء فى عينية القصاص ، فمن رأى أن القصاص واجب عيناً وأن الدية لا تجب بتنازل المجنى عليه عن القصاص على الدية وإنما تجب برضاء المجنى عليه ، من رأى هذا كمالك وأبى حنيفة منعا الولى والوصى من العفو، لأن العفو لا يكون إلا من صاحب الحق ، والحق للصغير والمعتوه وليس لهما ، وإنما لهما ولاية استيفاء حق وجب للصغير ، وولايتهما مقيدة بالنظر للصغير ، والعفو ضرر محض ، لأنه إسقاط دون مقابل وإنما يجوز للولى والوصى الصلح على القصاص مقابل مال بشرط أن لا يقل عن الدية أو الأرش ، فإن صالحا على أقل من ذلك كان للصغير والمجنون الرجوع على الجانى بما نقص من الدية أو الأرش ، ويقيد مالك الرجوع على الجانى بأن لا يكون معسراً وقت الاتفاق ، وإذا رجع المجنى عليه على الجانى لم يكن للجانى أن يرجع على الولى أو الوصى بما رجع عليه به المجنى عليه[٣]

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ، ٢٢٩ ، ٢٣٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٤
(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٥ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ ، ٢٨٨ الدردير ص ٢٢٠ البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٩ ، ٣٠
(٣) المراجع السابقة

والشافعي وأحمد لا يريان أن للولي حق الاستيفاء ، ولا يجعلان للوصي أو القيم دخلا في هذا الحق ، ولكنهما يعطيان الولي حق العفو عن القصاص إلى الدية ، ولا يعطيانه حق العفو مجاناً ولولي المجنون أن يعفو على المال عند الفقر بالشرط السابق وليس له العفو عند الفقر لأن نفقته في بيت المال[1].

٣١٢ – هل يصح قصاص الصغير والمجنون ؟ : المسألة في منع الصغير والمجنون من الاستيفاء قبل البلوغ والإفاقة ، ان القصاص حق ، وان استعماله يقتضي الأهلية فيمن يستعمله ، فإذا وثب الصغير أو المجنون بالجاني ففعلا به مثل ما فعل بهما كأن كان الجاني قطع يد الصغير فقطع الصغير يده ، فيرى البعض أنه يصير مستوفياً لحقه لأن عين حقه أتلفه ، فأشبه مالو كانت له وديعة عند رجل فأتلفها ، فإن المودع لديه لا يسأل عن الوديعة ويرى البعض أن لا يعتبر مستوفياً لحقه لأنه ليس من أهل الاستيفاء ، ويعتبر جانياً على الجاني ، وعلى الأخير أن يؤدي للصغير أرش يده ويرجع على عاقلة الصغير بأرش يده هو لأن عمد الصغير خطأ[2].

٣١٣ – من يلي الاستيفاء ؟ لا يستوفى القصاص فيما دون النفس إلا بحضرة السلطان وتحت إشرافه ، لأن القصاص فيما دون النفس يحتاج إلى الاجتهاد ويسهل فيه الحيف ولا نأمن أن يحيف المقتص فوجب أن يكون تحت إشراف السلطان .

ومذهب أبي حنيفة وهو وجه في مذهب أحمد ، جواز الاستيفاء من المجني عليه فيستوفي المجني عليه لنفسه ، إن كان خبيراً يحسن الاستيفاء ، فإن لم يكن يحسنه وكل عنه من يحسنه ، لأن القصاص حق له فكان له استيفاؤه بنفسه إذا أمكنه كسائر الحقوق ، والمقصود من القصاص التشفي ، وتمكين المجني عليه من القصاص أبلغ في التشفي ، ولكن لما كان استعمال الحق يحتاج إلى خبرة خاصة ،

---

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٨٤ والمهذب ج ٢ ص ٢٥٠ والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٥

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٦ والمهذب ج ٢ ص ١٩٦

فإن المجنى عليه لا يمكن منه إلا إذا توفرت فيه هذه الخبرة ، فإن لم تتوفر وكل عنه خبيراً بالقصاص ، والقائلون بهذا الرأى فى مذهب أحمد لا يرون مانعاً من تعيين رجل بأجر من بيت المال يكون خبيراً بالقصاص ، مهمته أن يستوفى نيابة عن المجنى عليه من الذين لا يحسنون الاستيفاء[١]

ويرى مالك والشافعى ــ ورأيهما وجه فى مذهب أحمد ــ يرون بأن المجنى عليه ليس له أن يستوفى فيما دون النفس بأى حال ، سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه لأنه لا يؤمن مع قصد التشفى أن يحيف على الجانى أو يجنى عليه بما لا يمكن تلافيه وإنما يتولى القصاص فى النفس من يُحْسِنُهُ من الخبراء ، ويقول مالك فى ذلك « أحب إلى أن يولىَ الإمام على الجراح رجلين عدلين ، فإن لم يجد إلا واحداً فأرى ذلك مجزئاً إن كان عدلا » وعلى هذا يصح أن يكون المستوفى موظفاً مخصصاً لمهمة القصاص فيما دون النفس[٢]

كيفية الاستيفاء فى الشجاج والجراح : ذكرنا أن الاستيفاء فى الشجاج والجراح يكون بالمساحة ، فيراعى طول الجراح وعرضها عند الشافعى وأحمد ولا يراعى العمق ، أما مالك وأبو حنيفة فيراعون العمق فوق مراعاة الطول والعرض والفرق بينهما وبين الشافعى وأحمد أن الأولين يقولان بالقصاص من الشجاج قبل الموضحة كلها أو بعضها ، أما الأخيران فيقولان بالقصاص من الموضحة فقط ، ولما كانت الموضحة هى التى توضح العظم أى تظهره فليس هناك ما يدعو لقياس العمق ، لأن حد الجراحة هو إيضاح العظم أى إظهاره ، أما ما قبل الموضحة فليس له حد فى عمقه معين ، فاشترط قياس عمق الجرح لتحقق التماثل بين فعل الجانى والمقتص والقاعدة عند الشافعى وأحمد اعتبار كل العضو

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ ـ المهذب ج ٢ ص ١٩٧ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٩

ولا يتقيد الشافعي وأحمد عند الاستيفاء بمكان الشجة والجراحة من العضو المصاب مادام هذا المكان في عضو الجاني لا يتسع لقصاص ، ويعتبران عضو الجاني كله ، أعلاه وأسفله ، ووجهه وظهره محلا للقصاص حتى تستوفى الجراحة المماثلة طولا وعرضاً ، ولكنهما يشترطان أن يبدأ من حيث بدأ الجاني إذا كانت الجراحة لا تأخذ كل العضو وأن لا ينتقل القصاص من عضو إلى عضو آخر فإذا لم يتسع عضو الجاني كله لمثل الجراحة التي بعضو المجني عليه . اكتفى بما اتسع له عضو الجاني فقط وهذا لا يظهر إلا إذا كان عضو الجاني أصغر من عضو المجني عليه أما إذا كانت مثله فالاستيفاء في نفس المحل

فمثلا إذا كانت رأس الشاج أصغر من رأس المشجوج ، وكانت الموضحة في مقدم الرأس أو في مؤخره أو قرعته وأمكن أن يستوفى قدرها في موضعها من رأس الشاج لم يستوف في غيرها وإن كان قدرها يزيد على مثل موضعها من رأس الشاج استوفى قدرها ، وإن جاوز الموضع الذي شجه في مثله لأن الجميع رأس ، فإن كانت في مقدم الرأس فلم يتسع لها مقدم الرأس استوفى بقية الشجة في جانب الرأس وإن كان قدرها يزيد على كل رأس الجاني لم يجز أن ينزل إلى الوجه والقفا لأنه قصاص في غير العضو الذي جنى عليه وهو الرأس وإن أوضح الجاني كل رأس المجني عليه ، ورأس الجاني أكبر من رأس المجني عليه ، بدأ المجني عليه بالقصاص من أي جانب شاء ، لأن الرأس جميعها محل للجناية ، وإن أراد أن يستوفى بعض حقه من مقدم الرأس ، وبعضه من مؤخره فهناك رأيان رأي يقول بعدم جوازه لأنه يأخذ موضحتين بموضحة ، ورأي يقول بالجواز مادام لا يجاوز قدر الجناية وموضعها وهو الرأس ، إلا أن يقول أهل الخبرة إن في ذلك زيادة ضرر أو شين

أما إذا كان رأس الجاني هو الأكبر فللمجني عليه أن يستوفى مثل شجته في مكانها وهذا هو رأي الشافعي وأحمد[1]

(١) المهذب جـ ٢ ص ١٩ — المغني جـ ٩ ص ٤١٤ وما بعدها — مواهب الجليل ص ٢٤٦ شرح الدردير ص ٢٢٣

أما أبو حنيفة فالقاعدة عنده أن الاستيفاء بحسب طول الشجة وعرضها ما أمكن بشرط أن لا يؤدي القصاص إلى إحداث شين الجاني أكثر من شين المجني عليه فإذا أخذت الشجة ما بين قرني المشجوج وكانت تزيد على ما بين قرني الشاج لصغر رأسه فليس للمشجوج أن يزيد على ما بين قرني الشاج وله أن يأخذ الأرش إن شاء، وكذلك لو كانت الشجة لا تستوعب ما بين قرني للمشجوج فله أن يقتصها غير مستوعبة وإن شاء الأرش[1]

كيفية القصاص في الجراح . لاقصاص في الجراح عند أبي حنيفة . ويرى أحمد والشافعي القصاص فيما أوضح العظام ، أما مالك فيرى القصاص في كل الجراح ما أمكن القصاص ما لم تكن مخوفة والقاعدة التي أخذ بها مالك والشافعي وأحمد في الشجاج هي قاعدتهم في الجراح

كيفية القصاص في الأطراف . القاعدة عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد أن لاقصاص إلا من المفصل في الأطراف أما مالك فيجيز القصاص من غير مفصل لأنه يجيز القصاص من العظام. فإذا كان القطع من غير مفصل فلا قصاص إلا عند مالك ، لكن الشافعي وأحمد لا يريان مانعاً من القصاص من أول مفصل داخل في الجناية ، ولا يرى ذلك أبو حنيفة

٣١٤ — كيفية الاستيفاء · لا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ، ولا يستوفى بآلة يخشى منها الزيادة ولو كانت هي الآلة المستعملة في الجريمة ، ولا يقاس الاستيفاء في الجراح بالاستيفاء في القتل لأن القتل اشترط في استيفائه السيف ، لأن السيف آلة القتل وليس ثمة شيء يخشى التعدي إليه ، فيجب أن يستوفى ما دون السيف بالآلة الملائمة للقصاص ، وتتوقى ما يخشى منه الزيادة إلى محل لا يجوز استيفاؤه ، ولقد

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣١١

منعا القصاص كلية فيما تخشى الزيادة فى استيفائه ، فلأن يمنع الآلة التى يخشى منها الزيادة أولى ، فإن كان الجرح موضحة أو ما أشبهها فيقتص بالموسى أو بحديدة ماضية معدة لذلك ، ولا يستوفى إلا من له علم كما قدمنا كالجراح ومن فى حكمه ، وإن كان على موضع الجراحة شعر حلق ، ثم تقاس الشجة بخشبة أو بخيط ويعلم طولها ، ويقاس مثلها فى رأس الشاج وتعلم بخط بسواد أو غيره ، ثم تؤخذ حديدة عرضها عرض الشجة فيضعها فى أول المكان المعلم بالسواد ثم يجرها إلى آخره ، وإن كان الفعل قطعاً من مفصل قطع الجراح مفصل الجانى بأرفق وأسهل مايقدر عليه ، وهكذا يراعى فى الاستيفاء أن يكون بما يؤمن معه الحيف والتعذيب وأن يكون بآلة ماضية معدة للاستيفاء وأن يكون الاستيفاء من خبير يأتى به على أرفق وجه وأسهله[1]

وكل ذلك إنما هو تطبيق لشرط التماثل وأخذاً بقول الرسول عليه الصلاة والسلام « إن الله كتب الإحسان على كل شىء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته »

ولا يقتص من الجانى فى حر شديد ولا برد شـــديد حتى لايكون للقصاص أثر على الجسم غير عادى ، ولا يقتص من الجانى وهو مريض حتى يشفى من مرضه ، ويعتبر النفاس مرضاً حتى تنتهى أيامه ، وإذا وجب الحد على ضعيف الجسم يخاف عليه من الموت سقط الحد ووجبت عليه الدية[2]

ولا قصاص فيما دون النفس على حامل حتى تضع حملها ولو كان الحمل بعد الجناية[3]

(١) مواهب الجليل ص ٢٥٤ — بدائع الصنائع ص ٣٠٩ — مهذب جـ ٢ ص ١٩٩ — المغنى جـ ٩ ص ٤١٢

(٢) مواهب الجليل ص ٢٣٥ .

(٣) المغنى جـ ٩ ص ٤٤٩ .

٣١٥ - الاستيفاء عند تعدد المستحقين : إذا تعدد المستحقون وكان محل حق كل منهم غير محل الآخر فلكل منهم أن يستوفى حقه فى أى وقت يشاء . حيث لا يتوقف استيفاء حقه على استيفاء الآخرين

أما إذا تعدد المستحقون لمحل واحد كأن قطع رجل يمين رجلين . فإن محل القصاص المجنى عليهما هو يمين الجانى . وحكم هذه الحالة عند مالك ، أنه إذا حضر المجنى عليهما معاً أو حضر أحدهما وتغيب الآخر فإن يد الجانى تقطع وليس لهما شىء غير ذلك ، وهذا تطبيق لنظريته فإن القصاص واجب عيناً ، وإن حقهما تعلق بقطع يد الجانى ، فإذا قطعت فقد انتهى حقهما[1] .

وتقول نظرية مالك إنه إذا استحق أكثر من واحد القصاص من عضو اقتص من العضو ولو طلب أحدهم القصاص فقط ويسقط حق الباقين . وإذا استحق أكثر من واحد القصاص فى عضو واحد واختلفت حقوقهم بأن استحق أحدهم كل العضو واستحق بعضهم بعض العضو كأن قطع لواحد السبابة اليمنى ، وللثانى أصابعه ، وللثالث يده من المعصم ، وللرابع يده من المرفق فكل هؤلاء يستحقون فى يد المرفق فتقطع اليد من المرفق لهم جميعاً . ولا شىء لهم ما لم يكن الجانى قصد المثلة بهم فيقتص للأول فى السبابة ثم تقطع بقية أصابعه، ثم تقطع اليد من المرفق .

ويرى أبو حنيفة أنهما إذا حضرا جميعاً فلهما أن يقطعا يمين الجانى ويأخذا منه دية يديهما نصفين لأنهما استويا فى سبب الاستحقاق وقد وجب قطع اليد فى حق كل واحد منهما ، فيستحق كل منهما قطع يده ، ولا يحصل من كل منهما فى يد واحدة إلا قطع بعضها ، فلم يستوف كل واحد منهما بالقطع إلا بعض حقه فيستوفى الباقى من الأرش

وهذا الرأى تطبيق لنظرية أبى حنيفة فى وجوب القصاص عيناً ، تلك

(١) شرح الزرقانى جـ ٤ ص ٢٢٥ ـ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٨

النظرية التي قيدها في حالة زوال محل القصاص عنق فيما دون النفس (١)

وتقول نظرية أبي حنيفة : إنه إذا تجمعت حقوق في عضو وجب استيفاء حق كل واحد بالقدر الممكن . بغض النظر عن أسبقية الاستحقاق ، وإذا وجد مع ذلك حق أحد المستحقين ناقصاً خير بين القصاص والدية ولا شيء له إذا اقتص وإذا لم يتمكن أحد المستحقين من القصاص فله الدية

أما الشافعي فيرى أنه إذا قطع أكثر من واحد فيقتص منه للأول وللباقين الدية وإن سقط حق الأول بعفو أو صلح مثلا اقتص للثاني وهكذا إذا اقتص لواحد بعينه تعين حق الباقين في الدية ، لأن القود فاتهم بغير رضاهم وإذا قطعهم دفعة واحدة أو أشكل الحال فلم يعرف من قطع الأول . أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة اقتص له وتعين حق الباقين في الدية (٢)

وحجة الشافعي أن الجاني إذا قطعت يده لأحد المستحقين صارت حقا له ، ولا يمكن أن تكون مع ذلك حقاً لغيره فوجبت الدية للغير ، والشافعي يطلق هنا نظريته في القتل

أما أحمد فيطلق أيضاً نظريته في القتل ويرى أن المجني عليهم إذا اتفقوا على قطع الجاني قطع لهم جميعاً ، ولا شيء لهم فوق ذلك ، لأن حقهم في القطع وقد رضوا به ، فإن أراد أحدهم القود وأراد الباقون الدية قطع لمن أراد القود وتعين حق الباقين في الدية

وأساس نظرية الشافعي وأحمد أنه إذا تجمعت حقوق في طرف واحد استوفى الحقوق كلها بالقدر الممكن بشرط تقديم الأسبق في الاستحقاق ، وإذا وجد حق أحد المستحقين ناقصاً ، خير بين القصاص والدية ، ولا شيء له إذا اقتص عند بعض فقهاء مذهب أحمد ، وله أرش النقص عند الشافعي وبعض الفقهاء ،

(١) المغني جـ ٩ ص ٤٤٩

(٢) المهذب جـ ٢ ص ١٩٥

(٣) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤١٣ — المغني جـ ٩ ص ٤٤٩

وإذا لم يتمكن أحد المستحقين مع ذلك مع القصاص فله الدية

وإذا بادر أحدهم فقطعه فقد استوفى حقه ولا شيء للآخرين عند مالك ولهم الدية عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد .

٣١٦ - هل يمكن قطع أطراف الجاني قصاصا ؟ إذا استحقت كل أطراف الجاني قصاصاً اقتص منه في جميعها بعكس ما عليه في تنفيذ الحدود فإذا قطع الجاني يدي رجل ورجليه قطعت يداه ورجلاه لأنه المثل ، ولأن استيفاء المثل ممكن ولو قطع يمين رجل ويسار آخر قطعت يمينه لصاحب اليمين وقطعت يساره لصاحب اليسار لأن هذا يحقق المماثلة . وهكذا يقطع من الجاني طرف بعد طرف كلما استحق ولم يكن ثمة مانع يمنع القصاص [1]

٣١٧ - إذا قطع أصبع شخص من المفصل من اليد اليمنى مثلا ثم قطع اليمنى لشخص آخر فيرى مالك أن تقطع اليد اليمنى فقط ولا يقطع الأصبع إلا إذا كان الجاني قد قصد المثلة فيقطع الأصبع ثم تقطع بعد ذلك اليد وفي الحالين لا شيء للمجني عليهما ، لأن حقهما متعلق بالقصاص دون غيره وقد اقتص من الجاني [2] ويرى أبو حنيفة أنهما إذا جاءا يطلبان القصاص مجتمعين ، يقتص أولا في الأصبع لأننا لو بدأنا بالقصاص في اليد أبطلنا حق صاحب الأصبع في القصاص ، ولو بدىء بالأصبع لم يبطل حق صاحب اليد في القصاص ، لأنه يمكن من استيفائه مع النقصان ويخير صاحب اليد بين القصاص والدية ، لأن الكف صارت معيبة بقطع الأصبع فوجد حقه ناقصاً فيثبت له الخيار كالأشل إذا قطع يد الصحيح ، وإذا جاءا متفرقين فإن جاء صاحب الأصبع أولا اقتص له حتى إذا جاء صاحب اليد خير على الوجه السابق ، أما إذا جاء صاحب اليد أولا اقتص له ، لأن حقه ثابت في اليد ولا يجوز منعه من استيفاء حقه لحق غائب يحتمل أن يحضر ويطالب ، ويحتمل أن لا يحضر ولا يطالب ، فإن جاء

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٠ .

(٢) المواهب ج ٦ ص ٢٥٦ - الدردير ص ٢٣٦

صاحب الأصبع بعد ذلك أخذ الأرش لتعذر استيفاء القصاص (١)

ويرى الشافعي وأحمد أنهما إذا حضرا معا قدم في القصاص صاحب الأسبقية في الاستحقاق ، فإن كان قطع الأصبع أسبق ، قطعت أصبعه قصاصاً ، وخير صاحب اليد بين العفو إلى الدية وبين القصاص وأخذ دية الأصبع لأنه وجد بعض حقه ، فكان له استيفاء الموجود وأخذ بدل المفقود ويرى بعض فقهاء مذهب أحمد ، أن له القصاص فقط وليس له دية الأصبع كما هو مذهب أبي حنيفة لأنه لا يجمع في عضو واحد بين قصاص ودية - وإن كان قطع اليد سابقاً على قطع الأصبع قطعت يمينه قصاصاً ولصاحب الأصبع أرشها (٢)

ويقاس على ما سبق ما لو قطع أصبع رجل من مفصل ثم قطع أصبع آخر من مفصلين ثم قطع أصبع ثالث كلها وذلك كله في أصبع واحدة كالسبابة مثلا .

فعند مالك تقطع السبابة لهم جميعاً ولا شيء لهم إلا إذا كان الجاني قد قصد المثلة بهم فيقطع المفصل الأول للأول ، والمفصل الثاني للثاني والمفصل الثالث للثالث وعند أبي حنيفة إن جاؤوا جميعا يقطع المفصل الأعلى لصاحب المفصل الأعلى ثم يخير صاحب المفصلين ، إن شاء استوفى حقه قصاصا من المفصل الأوسط ولا شيء له من الأرش ، وإن شاء أخذ ثلثي دية أصبعه كاملة من مال القاطع ويسلك أبو حنيفة هذه الطريقة لأن حق كل واحد من المجني عليهم في مثل ما قطع منه ، فيجب إيفاء حقوقهم بقدر الإمكان وذلك في البداية بما لا يسقط حق بعضهم ، فالبداية بقطع المفصل الأعلى لا تسقط حق الآخرين في القصاص أصلا لإمكان استيفاء حقيهما من القصاص ، ولكن البداية بالقصاص لصاحب الأصبع تسقط حق صاحب المفصل وصاحب المفصلين ، أما إذا جاؤوا متفرقين فإن جاء صاحب الأصبع أولا قطعت له الأصبع ، فإذا جاء الآخران فلهما أرش ماقطع منهما ، وإن جاء صاحب المفصلين أولا يقطع له المفصلان ، ولصاحب المفصل الأعلى

(١) بدائع الصنائع ص ٣٠٣ ، ٣٠١

(٢) المهذب جـ ٢ ص ١٩٥ ، ١٩٦ - الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤١٢

الأرش ، ولصاحب الأصبع الخيار بين أن يقتص من المفصل الباقى ولا شىء له ، وإن شاء أخذ دية الأصبع . و إذا جاء صاحب المفصل أولا ، فهو كما لو جاؤوا معاً [1]

أما الشافعى وأحمد فعندهما يقتص أولا لمن جنى عليه أولا ، فإن كان صاحب الأصبع هو الذى جنى عليه أولا اقتص له وللآخرين الأرش فيما قطع منهما ، و إن قطع صاحب المفصلين أولا اقتص له ولصاحب المفصل أرش ماقطع منه ، وخير صاحب الأصبع بين أن يقتص فى المفصل الباقى ويأخذ أرش مفصليه عند الشافعى وبعض فقهاء مذهب أحمد أو يقتص فقط ولا شىء كما يرى بعض فقهاء مذهب أحمد وبين أن يأخذ دية أصبعيه كاملة . وإذا قطع صاحب المفصل أولا اقتص له ، فإذا كان صاحب الأصبع هو الثانى خير على الوجه السابق ، فإن اقتص تعين حق صاحب المفصلين فى الدية ، وإن أخذ الدية ولم يقتص خير صاحب المفصلين بين أن يقتص من مفصل واحد على الوجه السابق وما فيه من خلاف وبين أخذ الدية ، وإن كان صاحب المفصلين هو الثانى فى القطع خير بين القصاص والدية ثم خير بعده صاحب الأصبع [2]

ويقاس على ما سبق قطع اليد اليمنى لشخص من المعصم وقطع نفس اليد لآخر من المرفق .

٣١٨ - تكرر أفعال الجانى. وإذا قطع المفصل الأعلى من سبابة رجل ثم عاد فقطع المفصل الثانى منها ، فيرى مالك القصاص من المفصل الثانى إلا إذا كان الجانى يقصد المثلة فيقطع المفصلان واحداً بعد واحد [3]

ويرى أبو حنيفة القصاص فى المفصل الأول ولا قصاص عنده فى المفصل الثانى وعليه أرشه وكذلك الحكم عنده لو قطع أصبع رجل ثم قطع كفه بعد ذلك ، أو لو قطع الكف ثم قطع الساعد فعليه القصاص فيما قطعه أولا فقط

(١) بدائع الصنائع ص ٣٠١

(٢) المغنى ج ٩ ص ٤٥٧ ، ٤٥٨ - المهذب ج ٢ ص ١٩٦

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٦ - بدائع الصنائع ٣٠١

وحجة أبي حنيفة أنه حين القطع الأول كان هناك تماثل بين المجنى عليه والجانى أما فى القطع الثانى فلم يكن التماثل متحققا لأن المجنى عليه كان مقطوعاً والجانى سليما ولكن محمداً وأبا يوسف يفرقان بين ما إذا كان القطع الثانى قبل برء الأول أو بعد البرء ، فإن كانت قبل البرء فالفعلان جناية واحدة والقصاص من القطع الثانى وإن كانت بعد البرء فهما جنايتان متفرقتان ويجب القصاص فى الأولى دون الثانية[1].

والقياس عند الشافعى وأحمد يؤدى إلى مثل رأى أبى يوسف ومحمد أما إذا كان القطع الثانى بعد القصاص من قطع المفصل الأول ، فالمماثلة متوفرة والقصاص فى الثانى لاخلاف فيه

وإذا قطع غيره المفصل الأعلى ، ثم جاء الجانى فقطع المفصل الثانى فلاقصاص فى المفصل الثانى اتفاقاً لانعدام المساواة بين أصبع القاطع الثانى والمقطوع[2]

وإذا قطع الجانى نصف المفصل الأعلى ثم عاد فقطع النصف الثانى لهذا المفصل فإن كان القطع الثانى بعد برء الأول ، فهما جنايتان مستقلتان ولا قصاص فيهما عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد حيث لاقصاص عندهم فى غير مفصل ، أما عند مالك فعليه القصاص فى الجنايتين لأن القصاص فى العظام عنده واجب إذا كان ممكنا وغير مخوف ، وإذا كان القطع الثانى قد برء الأول فعند مالك القصاص من القطع الثانى فقط مالم يكن الجانى قد قصد المثلة فيقتص من القطعين ، وعند أبى حنيفة أيضاً يقتص من القطع الثانى ، لأن الفعلين يعتبران جناية واحدة ، والقطع الثانى من مفصل ، وليس فى مذهب الشافعى وأحمد مايخالف رأى أبى حنيفة[3]

وإذا قطع من رجل يمينه من المفصل فاقتص منه ثم إن أحدهما بعد ذلك

---

(١) بدائع الصنائع ١ ٣

(٢) بدائع الصنائع

(٣) البدائع حـ ٧ ص ٢ ٣

قطع من الآخر الذراع من المرفق فلا يرى أبو حنيفة القصاص ، لأن القصاص فيما دون النفس عنده يقتضي المساواة في الأرش ، لأنه يسلك بما دون النفس مسلك الأموال ، وفي هـذه الحالة لا يعرف التساوي ، لأن الذراع ليس له أرش مقدر ، ويخالفه أبو يوسف وزفر ويقولان بالقصاص للتساوي والمماثلة ، ولأن القطع من مفصل [1]

وعند مالك والشافعي وأحمد القياس يقتضي القصاص ، لأنهم لا يسلكون بالأطراف مسلك الأموال ، ولا يشترطون التساوي في الأرش

٣١٩ - التداخل . معنى التداخل هو أن يدخل قصاص تحت آخر ويعتبر معدلاً بتنفيذ هذا الآخر ، فلو قطع الجاني يد رجل ثم قتله ، فيرى مالك أن القصاص في الطرف يدخل في القصاص في النفس ، فلا يقتص في الطرف اكتفاء بالقصاص في النفس إلا إذا كان الجاني قد قطع بقصد المثلة ففي هذه الحالة فقط يقتص من الطرف قبل القصاص من النفس [2]

ويرى أبو حنيفة والشافعي أن اليد لا تدخل في النفس سواء كان القتل بعد برء القطع أو قبله ، وللولي الخيار إن شاء قطع يده ثم قتله وإن شاء اكتفى بالقتل ، ويرى أبو يوسف ومحمد أن اليد تدخل في النفس إذا كان القطع قبل البرء ، لأن الجناية على ما دون النفس إذا لم يتصل بها البرء لا حكم لها مع الجناية على النفس ، بل يدخل ما دون النفس في النفس ، أما إذا برىء القطع قبل القتل فلا تدخل اليد في النفس لأن حكمها استقر قبل القتل [3]

وفي مذهب أحمد اتفاق على أن القطع إذا برىء قبل القتل فلا يدخل ما دون النفس في النفس ، أما إذا كان القتل قبل برء القطع فقد اختلفوا ، ففريق يرى

(١) نفس المرجع السابق
(٢) الدردير جـ ٤ ص ٢٣٦
(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٠٣ - المهذب جـ ٢ ص ١٩٥

دخول ما دون النفس فى النفس وفريق يرى أنه لا يدخل

وإن قطع يد رجل وقتل آخر ، فعند مالك يندرج الطرف فى النفس ، فيقتل فقط ولا تقطع يده .

وعند أبى حنيفة والشافعى وأحمد تقطع يده أولا سواء تقدم القطع أو تأخر لأن تقديم القتل يسقط من المقطوع ، وإذا تقدم القطع لم يسقط حق المقتول والقاعدة أنه إذا أمكن الجمع بين الحقين من غير نقص لم يجز إسقاط إحدها [١]

وإذا كان أحد الفعلين عمداً والثانى خطأ فلا تداخل ، واعتبر كلا منهما بحكمه ، سواء كان الثانى بعد برء الأول أو قبله ، لأنهما جنايتان مختلفتان ، فلا يحتملان التداخل ويعطى لكل جناية حكمها ، فى العمد القصاص ، وفى الخطأ الدية [٢]

أما إذا كان الفعلان خطأ أو شبه عمد ، فيفرق الفقهاء بين ما إذا كان القتل بعد برء القطع أم قبله ، ويدخلون الأطراف فى النفس إذا كان القتل قبل البرء ولا يدخلون الأطراف فى النفس إذا كان القتل بعد البرء ، فمن قطع يد شخص ثم قتله قبل البرء ألزم بدية واحدة ، ومن قطع شخصاً ثم قتله بعد برء القطع ألزم بأرش اليد ودية النفس ، ويرى بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى أن الطرف لا يدخل فى النفس سواء كان القتل بعد البرء أو قبله ، لأن الجناية على الطرف انقطعت سرايتها بالقتل ، فلا يسقط ضمانها كما لو اندملت ولكنه رأى مرجوح فى المذهب [٣]

وإذا تعدد الجناة فقطع أحدهم يده مثلا والثانى رجله ثم قتله ثالث ، فلا يدخل ما دون النفس فى النفس كيفما كان بعد البرء أو قبله ، لأن التداخل أساسه أن يكون الفاعل واحداً

(١) المغنى ص ٣٩٦ وتراجع ص ٣٨٦
(٢) الشائع حـ ٧ ص ٣٠٣
(٣) شرح الدردير حـ ٤ ص ٢٣٦ — المغنى حـ ٩ ص ٣٨٧ — المهذب حـ ٢ ص ٢٢٥ —

٣٢ - السراية : السراية هي أثر الجرح في النفس أو في عضو آخر ، فإن لم يؤثر الجرح على النفس أو عضو آخر غير محله فلا سراية ، وإذا سرى الجرح إلى النفس ، قيل إن هناك سراية النفس ، وهو ما نسميه إفضاء للموت . وإذ سرى إلى عضو آخر قيل إن الجرح سرى إلى عضو آخر ، والسراية إما أن تكون من فعل مأذون فيه أو مباح أو من فعل محرم

٣٢١ - السراية إلى النفس من فعل محرم : إذا جنى على ما دون النفس فسرى إلى النفس فهو قاتل متعمد عليه القصاص إن كان متعمداً القتل ، لأنه لما سرى بطل حكم ما دون النفس وتبين أن الفعل وقع قتلا من حين وجوده ، وإذا لم يكن متعمداً القتل فلا قصاص ، لأن الفعل قتل شبه عمد ، ولا قصاص في شبه العمد

٣٢٢ - السراية إلى النفس من فعل مباح أو مأذون فيه : هناك أفعال مأذون فيها وأفعال مباحة ، فلو أتى الإنسان فعلا من هذه الأفعال فسرى إلى النفس ، فالحكم يختلف بحسب ما إذا كان المأذون فيه أو المباح النفس وما دونها ، فإن كانت النفس مباحة كالمهدر دمه أو مأذوناً في إتلافها كالمحكوم عليه بالقتل قصاصا فلا عقوبة على الجرح إذا سرى إلى النفس ولا عقوبة عليه من باب أولى إذا لم يسر للنفس ، وهذا مسلم به من الجميع ، إلا أنهم اختلفوا في حالة ما إذ استحق شخص قتلا قصاصا على آخر ، فقطع يده ثم عفا عنه بعد ذلك فرأى مالك وأبي حنيفة أن العافي مسؤول عن قطع اليد ، ورأى الشافعي وأحمد ومعهما أبو يوسف ومحمد أن لا مسؤولية عليه وقد بينا أدلة الفريقين من قبل في العفو عن النفس

أما إذا كان المباح أو المأذون فيه هو فيما دون النفس ، كقطع يد السارق أو قطع عضو من الجاني قصاصا أو تأديب الزوجة والإبن والتلميذ ، فقد اختلف نظر الفقهاء في مسؤولية الجاني ، وسنبين فيما يأتي تفصيل ذلك

تكلمنا فيما سبق على استعمال الحق وأداء الواجب فلا نعيد القول فيه ، وبقى بعد ذلك أن نتكلم على سراية القود

٣٢٣ — سراية القود : إذا اقتص شخص من طرف الجانى فسرى القصاص إلى نفس الجانى ومات فلا مسؤولية على المقتص عند مالك والشافعى وأحمد ، لأن السراية من فعل مأذون فيه ولا عقوبة عليه وما تولد عن المأذون فيه مأذونا فيه ضمنا فلا عقاب عليه ، وبذلك قضى عمر وعلى رضى الله عنهما ، وعندهما أن من مات من حد أو قصاص لا دية له ، وشأن القصاص شأن الحد فى السرقة ، فإنه قطع مستحق مقدر ، فإذا لم تضمن سرايته فى السرقة فلا تضمين فى القصاص

ويرى أبو حنيفة أن من قطع طرف آخر قصاصا فمات من ذلك ضمن ديته لأنه استوفى غير حقه إذ حقه القطع وهو قد أتى بالقتل ، لأن القتل اسم لفعل يؤثر فى فوات الحياة عادة وقد وجد ، وكان القياس أنه يجب القصاص ، إلا أنه سقط للشبهة الناشئة عن استحقاق الطرف فدرىء القصاص ووجبت الدية ، ويرى أبو حنيفة أن الأمر فى إقامة حد السرقة لا يختلف عن هذه الحالة إلا أن الضرورة إلى عدم إيجاب الضمان على الإمام ، لأن إقامة الحد واجب عليه ، والتحرز عن السراية ليس فى وسعه ، فلو أوجب عليه الضمان لامتنع الأئمة عن إقامة الحدود ، وفى تعطيل الحدود إخلال بالنظام العام ، أما القطع قصاصا فليس بواجب على مستحق القصاص دائما لأنه حقه وهو حر بالخيار فيه ، إن شاء قطع وإن شاء عفا ، والأولى به العفو لأن الله قد ندب إليه ، فليس ثمة ضرورة توجب إسقاط الضمان ويرى أبو يوسف ومحمد أن لا ضمان على المقتص[1]

٣٢٤ — السراية إلى ما دون النفس : إذا كان الفعل مباحاً أو مأذوناً فيه فسرى إلى ما دون النفس ، كأن قطع أصبعاً قصاصاً فشلت اليد ، أوضرب زوجته

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٣ — بدائع الصنائع ص ٣٠٥ — المهذب ج ٢ ص ٢٠٢

على ذراعها فأتلفه ، فالحكم هو ماذكر في السراية إلى النفس على الاختلاف والوفاق الذى ذكر من قبل .

أما إذا كان الفعل غير مباح ولا مأذون فيه ، فيفرق بين ما إذا كانت السراية لمعنى أو لعضو

٣٢٥ — السراية لمعنى . إذا كان الاعتداء على طرف فسرى إلى طرف آخر فأذهب معناه مع بقاء الطرف الآخر سليماً فالحكم يختلف بحسب ما إذا كان فعل الجانى يجوز فيه القصاص أو لا يجوز

فإذا كان يجوز فيه القصاص كما لو شجه موضحة فأذهب بصره ، فيرى مالك والشافعى وأحمد[1] أن يقتص من الشجة فإن ذهب البصر بالقصاص من الشجة ، فقد أخذ المجنى عليه حقه ، وإن لم يذهب عولج طبياً بما يزيل الإبصار دون جناية على الحدقة ، فإن لم يزل الإبصار مع ذلك ففيه الدية

ويرى أبو حنيفة أن لاقصاص فى الشجة ولافى البصر وفيهما الأرش ، ويرى محمد وأبو يوسف القصاص فى الموضحة والدية فى الأبصار ، وهناك رواية أخرى عن محمد عن ابن سماعة فى نوادره بأن القصاص يجب فى الفعل والمعنى كلما أمكن القصاص فى المعنى فإن لم يكن القصاص فى المعنى ممكناً اقتص من الفعل فقط وفى المعنى الدية ، وحجته أن السراية تولدت من جناية يقتص فيها إلى عضو يمكن فيه القصاص ، فوجب القصاص كما إذا سرى إلى النفس ، أما حجة أبى يوسف فى عدم القصاص من المعنى بأن تلف المعنى حدث من طريق التسبب وليس بالسراية ، لأن الشجة تبقى بعد ذهاب البصر . وحدوث السراية يوجب تغيير الجناية كالقطع إذا سرى إلى النفس ، فإنه لايبقى قطعاً بل يعتبر قتلا ، وهنا الشجة لم تتغير فدل ذلك على أن ذهاب البصر ليس من طريق السراية بل من طريق التسبب والجناية بالتسبب لاتوجب القصاص[2]

---

(١) مواهب الجليل ص ٢٤٨ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٧٢ ـ المغنى ج ٩ ص ٤٣٠

(٢) بدائع الصنائع ص ٣٠٧

أما إذا كان ذهاب المعنى بإصابة لاقصاص فيها فيقتص من المعنى دون العمل بطريقة علمية لأنه لاقصاص فى العمل ، فإن زال المعنى فقد أخذ المجنى عليه حقه ، وإلا أخذ أرش العمل والمعنى وهذا رأى مالك والشافعى وأحمد

أما أبو حنيفة وأصحابه فلا يرون القصاص اتفاقاً مادام العمل لايقتص منه

٣٣٦ — السراية لعضو . يختلف الحكم فى السراية لعضو بحسب ماإذا كانت الجناية مما يقتص فيه أو مما لايقتص فيه فإن كانت الجناية مما لايقتص فيه فلا قصاص فى الجناية ولا فى سرايتها وفيهما الدية أو الأرش ماتعلق وإن كانت الجناية مما لايقتص فيه فقد اختلف الفقهاء فى ذلك ، فيرى مالك والشافعى أن القصاص فى الجناية فقط لافيما سرت إليه فإن أدى القصاص إلى مثل ماأدت إليه الجناية فقد استوفى المجنى عليه حقه وإن لم يحصل فى الجانى مثل ماحصل فى المجنى عليه فدية ماسرت إليه الجناية فى مال الجانى فمثلا إذا قطع أصبع رجل فتآكل منه الكف وجب القصاص فى الأصبع فقط لأنه أتلفه بجناية عمد ولا يجب فى الكف لأنه يباشره بالإتلاف[1]

ويرى أحمد القصاص فيما سرت إليه الجناية كلما كانت السراية إلى مايمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المماثلة مثل أن يقطع أصبعاً فتتآكل أخرى وتسقط أو تتآكل الكف وتسقط فالأصبع الأخرى التى سرت إليها الجناية والكف التى سرت إليها الجناية كلاهما يمكن مباشرته بالإتلاف فيقتص فيهما لذلك وحجة أحمد فى ذلك

أن ماوجب فيه القود بالجناية يجب بالسراية كما هو الحال فى النفس حيث يقتص من النفس فى حالة السراية إليها إذا كان الفعل الأصلى الجرح أو القطع مما يجب فيه القصاص . فإذا سرت الجناية إلى مالايمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المماثلة فالقصاص فى الجناية دون السراية كمن قطع أصبعا فشلت الكف أو شل بجواره أصبع آخر فالشلل لايمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المماثلة

(١) مهذب ج٢ ص ١٩٤ ـ مواهب الجليل ص ٢٤٨ ـ شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٥

فامتنع فيه القصاص ووجبت الدية فيما حدث فيه الشلل[1]

أما أبو حنيفة فالقاعدة عنده أن الجناية إذا حصلت في عضو فسرت إلى عضو آخر والعضو الآخر لاقصاص فيه فلا قصاص في العضو الأول أيضا فإذا قطع أصبعا من يد رجل فشلت الكف فلا قصاص فيهما وعليه دية اليد لأن الموجود من القاطع قطع مشل للكف ولا يمكن الإتيان بمثله على وجه المماثلة فيمتنع القصاص[2]

وفضلا عن هذا فإن الجناية واحدة فلا يجوز أن يجب بها ضمانان مختلفان ، هما القصاص والمال خصوصاً عند اتحاد المحل لأن الكف مع الأصبع بمنزلة عضو واحد .

وكذلك الحكم لو قطع مفصلا من أصبع فشل مابقى أو شلت الكف فإن قال المقطوع أنا أقطع المفصل وأترك الباقى فليس له ذلك لأن الجناية وقعت غير موجبة القصاص من الأصل لأن القطع جاء قطعا مشلاً للكف والاستيفاء على وجه المماثلة غير ممكن فيمتنع القصاص ومثل ذلك مالو شجه فشله فليس له أن يقتص منها موضحة ويترك الباقى (هذا جائز عنـــد الشافعى وبعض فقهاء مذهب أحمد)

ويتفق أبو حنيفة فيما سبق مع أصحابه إلا أنهم اختلفوا فى الحالات التى يمكن القول فيها بأن المحل متعدد لامتحد فمثلا إذا قطع أصبعا فشلت إلى جنبها أخرى فأبو حنيفة لايرى القصاص تطبيقا للقاعدة التى سلفت ولأنه يرى أن المحل متحد أما أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن فيرون القصاص فى الأولى والأرش فى الثانية لأن المحل متعدد والفعل يتعدد بتعدد المحل حكما وإن كان متحدا حقيقة لتعدد أثره وهنا تعدد الأثر فيجعل فعلين وينفرد كل واحد منهما بحكمه ففى الأول القصاص وفى الثانى الدية

---

(١) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٧ وما بعدها
(٢) بدائع الصنائع ص ٣٠٦ ، ٣٠٧

وإذا قطع أصبعاً فسقطت إلى جنبها أخرى فلا قصاص عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد القصاص في الأولى أي فيما قطع والدية فيما سقط بل إن محمداً يرى من رواية ابن سماعة عن القصاص من الاثنين، لأن القاعدة عند محمد طبقاً لهذه الرواية أن الجراحة التي فيها القصاص إذا تولد عنها ما يمكن فيه القصاص وجب القصاص فيهما جميعا وهنا يمكن القصاص من محل السراية المتولد من الجناية

وإذا قطع أصبعا عمدا فسقطت معه الكف من المفصل فلا قصاص عند أبي حنيفة لأن استيفاء المثل وهو القطع المسقط للكف متعذر ولأن الكف مع الأصبع عضو واحد فكانت الجناية واحدة حقيقة وحكما وقد تعلق بها ضمان المال فلا يتعلق بها القصاص لأنه لا يجتمع ضمانان مختلفان بجناية واحدة ويرى محمد القصاص للأسباب التي سبق بيانها ويرى أبو يوسف القصاص فتقطع يده من المفصل والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة عند أبي يوسف أن الأصبع جزء من الكف والسراية تتحقق من الجزء إلى محله كما تتحقق من اليد للنفس والأصبعان عضوان منفردان ليس أحدهما جزء الآخر فلا تتحقق السراية من أحدهما للآخر فوجب القصاص من الأولى دون الثانية (١)

سقوط القصاص

٣٢٧ - يسقط القصاص فيما دون النفس لثلاثة أسباب هي فوات محل القصاص - العفو - الصلح

٣٢٨ - فوات محل القصاص - محل القصاص فيما دون النفس هو العضو المماثل لمحل الجناية فإذا فات محل القصاص لأي سبب كمرض أو آفة أو باعتداء أو نتيجة استيفاء حق أو عقوبة سقط القصاص لأن محله انعدم ولا يتصور وجود الشيء مع انعدام محله وإذا سقط القصاص لم يجب للمجني عليه شيء عند مالك أيا كان سبب السقوط لأن حق المجني عليه في القصاص عينا فإذا سقط القصاص فقد

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٧

حقللمحق المجني عليه وهذا تطبيق دقيق لنظرية مالك من أن موجب العمد هو القصاص عينا وللمجني عليه عند مالك إذا ذهبت الجارحة ظلما أن يقتص من قاطعها ظلما لأن حقه في القصاص ينتقل من المقطوع ظلما إلى قاطعه[1].

ويرى أبوحنيفة وهو من القائلين بأن موجب العمد هو القصاص عينا يفرق بين ما إذا مات محل القصاص بآفة أو مرض أو ظلما، وبين فواته بحق تنفيذ عقوبة أو استيفاء قصاص وفي الحالة الأولى لايجب للمجني عليه شيء. أما في الحالة الثانية فيجب له الدية بدلامن القصاص لأن الجاني قضى بالطرف أو الجارحة التي فات حقا مستحقا عليه فصار كأنه قائم وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطأ أو غيره[2].

وعند الشافعي وأحمد للمجني عليه إذا ذهب محل القصاص أن يأخذ الدية أيا كان سبب ذهاب محل القصاص لأن موجب العمد أحد شيئين غير عين القصاص فإذا ذهب محل القصاص تعينت الدية موجبا.

٣٢٩ - العفو : - العفو عن القصاص عند الشافعي وأحمد هو التنازل عن القصاص مجانا أو على الدية وهو في الحالين إسقاط من جانب المجني عليه لايحتاج إلى رضاء الجاني ويعتبر المتنازل عن القصاص مجانا عافيا والمتنازل عن القصاص على الدية عافيا أيضا لأن كليهما يسقط حقا دون مقابل ممن أسقط له الحق وهذا تطبيق لنظرية الشافعي وأحمد في أن موجب العمد هو أحد شيئين القصاص أو الدية فمن تنازل عن القصاص مجانا فقد تنازل عن حق له ومن تنازل عن القصاص دون الدية فقد تنازل عن حق وتمسك بحق.

والعفو عند مالك وأبي حنيفة هو إسقاط القصاص مجانا أما التنازل على الدية فليس عفوا عندهما، وإنما هو صلح لأنه يتوقف بحسب نظريتهما على رضاء الجاني بدفع الدية لأنهما يريان أن الواجب هو القصاص عينا.

---

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٣ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ - ٢٩٨.

٣٣٠ — من يملك العفو؟ يملك حق العفو المجنى عليه البالغ العاقل، فإذا لم يكن بالغاً أو عاقلا ملكه وليه عند الشافعى وأحمد، أما عند مالك وأبى حنيفة فلا يملكه الولى ولا الوصى، وإنما يملكان حق الصلح فقط، وسلطة الولى عند الشافعى مقيدة بأن يعفو على الدية بشروط تكلمنا عنها سابقاً

أما المجنى عليه البالغ العاقل فله أن يعفو مجانا أو يعفو على الدية

٣٣١ — وإذا عفا المجنى عليه عن القصاص، أوعفا وليه على الدية عند الشافعى وأحمد فقد سقط القصاص بالعفو إذا برأ المجنى عليه من جراحه دون أن تسرى إلى عضو آخر فإن سرت إلى عضو آخر كأن قطع أصبعه فعفا عنه ثم سرى الجرح إلى اليد فأتلفها، فيرى أبو حنيفة أن العفو صحيح سواء عن الجرح أو الجرح وما يحدث منه، لأن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها، أما الشافعى وأحمد فيفرقان بين ما إذا كان العفو شاملا للجناية وما يحدث منها وفى هذه الحالة يصح العفو، وبين ما إذا كان العفو قاصرا على الجرح فقط، ففى هذه الحالة تكون الجانى مسؤولا عن السراية. ولكن لا يقتص منه لأن القصاص فى الأصبع سقط بالعفو، ولا يجب فى الكف لأنها تلفت بالسراية مما يمتنع القصاص فيه فإن كان العفو على الدية وجبت الدية فى اليد كلها، وإن كان العفو مجانا وجبت الدية أو الأرش فيما سرت الجناية إليه فقط والظاهر أن هذا هو الحكم عند مالك[1]

الصلح

٣٣٢ — يجوز للمجنى عليه ولوليه ووصيه بأن كان غير بالغ أو غير عاقل الصلح على القصاص بمقابل قد يساوى الدية وقد يزيد عنها، وليس للولى أو الوصى أن يصالح على أقل من الدية فإن صالح على أقل منها صح الصلح وسقط

(١) بدائع الصنائع ص ٢٤٩ — المهذب ج ٢ ص ٢١٢ — المغنى ج ٩ ص ٤٧٢ — مواهب الجليل ج ٥ ص ٨٦، ٨٧ — الدردير ص ٢٣٥

القصاص، ولكن للمجنى عليه أن يرجع على الجانى بما نقص عن الدية، ويشترط مالك للرجوع أن يكون الجانى معسرا وقت الصلح .

وقد تكلمنا عن الصلح والفرق بينه وبين العفو ومن يملكه وشروطه وفصلنا الكلام فى هذا كله بمناسبة الكلام على الصلح على القصاص فى القتل العمد وما قلناه هناك ينطبق هنا فيراجع

العقوبات الأصلية الثانية

التعزير

٣٣٣ ـ يرى مالك أن يعزر الجانى على مادون النفس عمداً سواء اقتص منه أم لم يقتص لدرء القصاص أو للعفو أو الصلح على أن يراعى فى التعزير أن يختلف بحسب الأحوال فمن اقتص منه عزر عقوبة مناسبة يراعى فى تقديرها أنه عوقب بعقوبة القصاص، ومن لم يقتص منه يعزر تعزيراً شديداً يردعه عن ارتكاب جريمته فى المستقبل ويقرر مالك أنه يجب التعزير مع القصاص للردع والزجر ولتناهى الناس عن ارتكاب الجريمة وأن الجانى إذا كان اقتص منه بمثل مافعل فى المجنى عليه إلا أن هذا لا يمنع من تعزيره لأنه ظالم والظالم أحق أن يحمل عليه

ويرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن لا تعزير مع القصاص لأن الله قال ﴿ والجروح قصاص ﴾ فجعل العقوبة القصاص دون غيره فمن فرض غيرها فقد زاد على النص وهذا مايراه بعض الفقهاء فى مذهب مالك[1] .

ويلوح أن الرأى الأخير أقرب إلى المنطق لأنه إذا كانت عقوبة القصاص تعجز عن ردع الجانى فلا شك أن عقوبة التعزير أعجز عن ردعه وتهذيبه .

٣٣٤ ـ وإذا كان الأئمة الثلاثة لا يوافقون على جعل التعزير عقوبة أصلية فليس عندهم مايمنع من جعل التعزير عقوبة بدلية فى حالة سقوط القصاص، أو

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ ـ الدردير ج ٤ ص ٣٢٤

امتناعه لسبب من الأسباب إذا رأى أولياء الأمر ذلك . فيقضى بالتعزير سواء حلت الدية محل القصاص أو عفى عن الدية.أما تقدير عقوبة التعزير وبيان نوعها فهذا متروك للسلطة التشريعية المختصة تختار نوع العقوبة وقدرها أو تترك للقاضى أن يختار العقوبة من بين العقوبات التعزيرية المحددة ، أو التى تحددها له .

العقوبات البدلية

أولاً — الدية

٣٣٥ ـ الدية هى العقوبة البدلية الأولى لعقوبة القصاص فإذا امتنع القصاص لسبب من أسباب الامتناع أو سقط لسبب من أسباب السقوط وجبت الدية مالم يعف الجانى عنها أيضاً .

٣٣٦ ـ والدية كعقوبة لما دون النفس تكون عقوبة بدلية إذا حلت محل القصاص وهو عقوبة الجناية على مادون النفس عمداً وتكون الدية عقوبة أصلية إذا كانت الجناية شبه عمد لا عمداً محضاً وقد بينا من قبل أن الشافعى وأحمد يقولان بشبه العمد فيما دون النفس .

٣٣٧ ـ والدية سواء أكانت عقوبة أصلية أو تبعية يقصد بها إذا أطلقت الدية الكاملة وهى مائة من الإبل أما ما هو أقل من الدية الكاملة فيطلق عليه لفظ الأرش ، على أن الكثيرين يستعملون لفظ الدية فيما يجب أن يستعمل فيه لفظ الارش .

٣٣٨ — والأرش على نوعين أرش مقدر وأرش غير مقدر ، فالأول هو ما حدد الشارع مقداره كأرش اليد والرجل ، والثانى هو ما لم يرد فيه نص وترك للقاضى تقديره ويسمى هذا النوع من الأرش حكومة .

٣٣٩ — وتجب الدية فى تفويت مصلحة الجنس على الكمال كإتلاف اليدين ففى إتلافهما تفويت لمنفعة الجنس على الكمال ، أما الأرش فيجب فى تفويت

بعض منفعة الجنس دون بعضها الآخر كإتلاف يد واحدة أو أصبع واحدة ففى اليد الأرش وفى الأصبع الأرش .

٣٤٠ — ما تجب فيه الدية الكاملة :

تجب الدية الكاملة بتفويت منفعة الجنس وتفويت الجمال على الكمال وهى تفوت بإبانة كل الأعضاء التى من جنس واحد أو بإذهاب معانيها مع بقاء صورتها، والأعضاء التى تجب فيها الدية أربعة أنواع . نوع لا نظير له فى البدن ، ونوع فى البدن منه اثنان ، ونوع فى البدن منه أربعة ، ونوع فى البدن منه عشرة وقد اختلف الفقهاء فى تحديد الأعضاء التى تدخل تحت هذه الأنواع ولكنه اختلاف محدود ، وسنذكر ما اتفق عليه وما اختلف فيه، وسنبين فيما بعد وجوه الاختلاف

النوع الأول : ما لا نظير له فى البدن ويدخل تحته الأعضاء الآتية

الأنف ، اللسان ، الذكر ، الصلب ، مسلك البول ، مسلك الغائط ، الجلد ، شعر الرأس ، شعر اللحية

النوع الثانى الأعضاء التى فى البدن منها اثنان وهى .

اليدان ، الرجلان ، العينان ، الأذنان ، الشفتان ، الحاجبان ، الثديان الأنثيان ، الشفران ، الإليتان ، اللحيان .

النوع الثالث

ما فى البدن منه أربعة وهو .

أشفار العينين — أى منابت الأهداب — الأهداب نفسها وهى الأشفار .

النوع الرابع :

ما فى البدن منه عشرة وهو

أصابع اليدين — أصابع الرجلين .

٣٤١ — والمعانى تجب بفقدها الدية الكاملة ومثلها العقل والبصر والشم والسمع والذوق والجماع والإيلاد والمشى والبطش والكلام ، وسنتكلم عن

الثانى بعد الكلام عن الأعضاء فنستوفى الكلام عن إبانة الأعضاء ثم نتكلم عن إذهاب المعانى .

٣٤٢ ـ الأنف . تجب الدية فى مارن الأنف وهو ما لان من الأنف ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « فى الأنف إذا أوعب مارنه جدعاً الدية » ولأنه عضو فيه جمال ظاهر ومنفعة كاملة والأخشم كالأشم فى وجوب الدية لأن عدم الشم نقص فى غير الأنف فلا يؤثر فى دية الأنف وقطع جزء من الأنف فيه من الدية بقدره فإن قطع نصف الأنف أو ثلثه فعليه نصف الدية أو ثلثها .

وإن قطع المارن وقصبة الأنف فيرى الشافعى ورأيه وجه فى مذهب أحمد أن على الجانى الدية فى المارن وحكومة فى القصبة ويرى مالك وأبو حنيفة ورأيهما وجه فى مذهب أحمد أن على الجانى الدية فقط لأن المارن والقصبة عضو واحد إلا إذا قطع المارن فبرىء ثم قطع بعد البرء القصبة ففيها حينئذ حكومة[1]

٣٤٣ ـ اللسان . تجب الدية فى اللسان لقوله عليه السلام فى كتاب عمرو ابن حزم « وفى اللسان الدية » ولأن فيه جمالا ومنفعة والدية تجب فى اللسان الناطق فإن جنى على لسانه فخرس وجبت عليه الدية كاملة ولو بقى اللسان لأنه أتلف المنفعة المقصودة وإن قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه وجبت من الدية بقدر ما ذهب من الكلام فإن ذهب نصف الكلام وجب نصفها وإن ذهب أقل من ذلك أو أكثر وجب بقدره وإن ذهب نطق بعض الحروف وجب له ما يقابلها من الدية

وفى لسان الأخرس حكومة عند مالك وأبى حنيفة ، أما الشافعى فيفرق بين ما إذا كانت الجناية أذهبت ذوق الأخرس أم لم تذهبه ، فإن كانت أذهبته ففى اللسان الدية ، وإن كانت لم تذهبه ففى اللسان حكومة ، وفى مذهب أحمد

(١) مهذب ج ٢ ص ٢١٦ ـ مغنى ج ٩ ص ٥٩٩ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١١ ، ٣١٢

من يرى أن الدية لا تجب فى لسان الأخرس إطلاقاً ، ومنهم من يفرق بين ما إذا كانت الجناية أذهبت الذوق أم لا فإن لم يكن الذوق أذهب فرأى يرى حكومة ورأى يرى ثلث الدية [1]. وفى لســان الطفل الذى لم ينطق بعد الدية عند مالك والشافعى وأحمد ولكن أبا حنيفة يرى فيه حكومة .

٣٤٤ ـ الذكر : تجب فى الذكر الدية لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتاب عمرو بن حزم : « فى الذكر الدية » . ولأنه عضو لا نظير له فى البدن فى الجمال والمنفعة فكملت فيه الدية كالأنف واللسان وفى شلل الذكر دية لأن الشلل يذهب نفعه ، وتجب الدية فى ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب وفى قطع الحشفة وحدها الدية ، لأن منفعة الذكر تكمل بالحشفة كما تكمل منفعة الكف بالأصابع ، وفى قطع بعض الحشفة بعض الدية بنسبة ما قطع إلى الحشفة على رأى ، وبنسبة ما قطع إلى كل الذكر على رأى آخر ، وفى ذكر الخصى والعنين الدية عند الشافعى وهو وجه فى مذهب مالك ، ومذهب أحمد ، العضو سليم فى نفسه والمانع من الجماع راجع لغيره . ويرى أبو حنيفة أن فى ذكر الخصى والعنين حكومة لأن العبرة عنده بالقدرة على الإيلاج وهذا وجه فى مذهب مالك ، أما الوجه الثانى فمذهب أحمد لا يرى فى ذكر العنين والخصى حكومة وإنما يرى فى كل منهما ثلث الدية [2] ، وفى عسيب الذكر أى الذكر دون الحشفة الحكومة بإجماع .

٣٤٥ ـ الصلب : وتجب فى الصلب الدية ، لما روى الزهرى عن سعيد ابن المسيب أنه قال . « قضت السنة أن فى الصلب الدية وفى اللسان الدية وفى الذكر الدية وفى الأنثيين الدية » ، ولأنه أبطل عليه منفعة مقصودة وإذا

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٢ ـ البحر الرائق ج ٨ ص ٣٣٠ ـ المهذب ج ٢ ص ١١٧ وما بعدها ـ المغنى ج ٩ ص ٦٠٤ وما بعدها

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ ، ٢٦٣ ـ البحر الرائق ج ٨ ص ٣٣٠ المهذب ج ٢ ص ٢٢٢ ـ المغنى ج ٩ ص ٦٢٧

كسر الصلب فلم يعجز الكسر ففيه الدية على رأى فى مذهب أحمد وعلى الرأى الآخر الذى يتفق مع آراء باقى الفقهاء فيه حكومة ما دام ما يعطل منفعة المشى أو الجماع فإن ذهبت بالكسر منفعة المشى والجماع ففيه الدية وإن أحدودب الظهر ولم تذهب منفعة ما ففيه حكومة وإن ذهب المشى والجماع معاً ففريق يرى فيهما دية واحدة وفريق يرى فيهما ديتين[1]

٣٤٦ – مسلك البول ومسلك الغائط : إذا أتلف مسلك البول فلم يعد يستمسك البول أو أتلف مسلك الغائط فلم يعد يستمسك الغائط فى كل واحد منهما الدية لأن كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة وليست فى البدن مثله ، فوجب فى تفويت منفعته دية كاملة كسائر الأعضاء التى لا نظير لها فى البدن فإن نفع المثانة حبس البول وحبس البطن الغائط منفعة مثلها ، والنفع بهما كثير والضرر بفقدهما عظيم فكان فى كل واحد منهما الدية كالسمع والبصر وإن فاتت المنفعتان بجناية واحدة وجب على الجانى ديتان كما لو ذهب سمعه وبصره بجناية واحدة وهذا متفق عليه بين الفقهاء ، ولكن فى مذهب مالك رأياً بأن فى كل من المسلكين حكومة[2].

٣٤٧ – الجلد . يرى الشافعى أن الدية تجب فى الجلد إن سلخ جميعه ، ويندر أن يعيش إنسان سلخ كل جلده ، ويرى مالك أن الدية تجب فى الجلد إذا فعل الجانى فعلا حرمه أو برصه أو سوده ، ولا يشترط أن يعم التحريم أو التبريص أو التسويد كل الجلد ، كذلك يوجب مالك الدية فى جلد الرأس .

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٦١ – بدائع الصنائع ص ٣١١ – المهذب جـ ٢ ص ٢٢٢ المغنى جـ ٩ ص ٦٢٦

(٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٦٣ – شرح الدردير جـ ٤ ص ٢٤٦ – بدائع الصنائع ص ٣١١ – مهذب جـ ٢ ص ٢٢٣ – المغنى جـ ٩ ص ٦٣٣

أما أبو حنيفة وأحمد فلا يوجبان الدية فى الجلد إطلاقاً ويريان الحكومة فى هذه الحالات(١).

٣٤٨ - شعر الرأس وشعر اللحية والحاجبين: يرى أبو حنيفة أن الدية تجب فى إزالة شعر الرأس للرجل والمرأة وفى إزالة اللحية سواء كان ذلك بطريق الضرب فسقط الشعر، أو بطريق الحلق أو النتف، ويشترط ألا ينبت الشعر وحجته أن الشعر للرجال والنساء جمال وفى إزالته وعدم إنباته تفويت للمنفعة على الكمال، وفى اللحية وحدها الدية، وفى شعر الرأس الدية، وما عدا ذلك من الشعور كشعر الشارب والحاجبين ففيه حكومة.

ويرى أحمد ما يراه أبو حنيفة، ولكنه يزيد عليه أنه يجعل الدية أيضاً فى شعر الحاجبين ويشترط كأبى حنيفة عدم الإنبات(٢).

أما مالك والشافعى فلا يجب عندهما فى إتلاف الشعور إلا الحكومة لأنه إتلاف جمال دون منفعة، والدية لا تجب إلا فى ما كان له منفعة(٣)

٣٤٩ - اليدان: تجب الدية فى اليدين لما روى معاذ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «فى اليدين الدية» ويجب فى إحدى اليدين نصف الدية لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم حين أمره على نجران: «وفى اليد خمسون من الإبل» واختلفوا فى معنى اليد فرأى البعض أن لفظ اليد يطلق على كل الذراع إلى المنكب، ورأى البعض أنه يطلق على الكف فقط وترتب على هذا الخلاف أنهم اختلفوا فى قطع اليد من بعد مفصل الكف كالقطع من نصف الذراع أو من المرفق أو من العضد أو من المنكب، فمن رأى أن اليد هى الكف قال فى اليد نصف الدية وفيما زاد عن الكف حكومة، وقال بهذا أغلب الفقهاء فى مذهب

(١) الدردير ج ٤ ص ٢٤٢ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣١٤
(٢) المغنى ج ٩ ص ٥٩٧ (٣) بدائع الصنائع ص ٣١٢ - والبحر الرائق ص ٣٣١، المهذب ص ٢٢٤ - المغنى ص ٥٩٧ - مواهب الجليل ص ٢٤٧ - الدردير ص ٦٤٢

الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد وقال به أبو حنيفة ومحمد ومن رأى أن اليد اسم للجميع حتى للمنكب ، قال بأن في الكف وما زاد عليها نصف الدية ، لأن ما زاد على الكف كله معتبر يداً وقد أخذ بهذا الرأى مالك ومعظم الفقهاء في مذهب أحمد وبعض فقهاء مذهب الشافعي وأبو يوسف من فقهاء مذهب أبي حنيفة ومن المتفق عليه عند الجميع أن الحكومة في قطع الساعد الذي لا كف فيه والخلاف منحصر في حالة قطعهما معاً .

ويجب في كل أصبع عشر الدية ، لما روى أن رسول الله كتب إلى أهل اليمن بأن في كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل ولا يفضل أصبع على أصبع لما روى عمرو بن شعيب عن جده أن رسول الله قال : «الأصابع كلها سواء عشر عشر من الإبل» ولأنه جنس ذو عدد تجب الدية فيه فتقسم على أعداده وفي كل أنملة من غير الإبهام ثلث دية الأصبع وفي كل أنملة من الإبهام نصف دية الأصبع لأنه لما قسمت دية اليد على عدد الأصابع قسمت دية الأصبع على عدد أنامله وإن جنى على يد فشلت أو على أصبع فشلت أو على أنملة فشلت وجب دية مثلها مايجب في قطعها لأن المقصود بها هو المنفعة فوجب في إتلاف منفعتها ماوجب في إتلافها وإن قطع يداً شلاء أو أصبعا شلاء أو أنملة شلاء وجبت فيها الحكومة لأنه إتلاف جمال من غير منفعة[1] وفي مذهب أحمد رأى بأن فيها ثلث الدية

٣٥٠ — الرجلان : يجب في الرجلين الدية لما رواه معاذ عن رسول الله أنه قال : «في الرجلين الدية» وفي أحد الرجلين نصف الدية لما رواه عمرو ابن حزم أن رسول الله قال «في الرجل نصف الدية» وفي الرجل نفس الخلاف الذي في اليد فالبعض يرى أن لفظ الرجل يشمل القدم حتى نهاية الفخذ

(١) البحر الرائق ص ٣٣٢ — ٣٣٦ — مهذب ج ٢ ص ٢٢١ مغني ج ٩ ص ٦٢٠ شرح الدردير ص ٢٤٢ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧

والبعض يرى أنه يطلق على القدم فقط وترتب على هـذا الخلاف نص ماذكرناه فى اليدين .

ويجب فى كل أصبع من أصابع الرجلين عشر الدية ويجب فى كل أنملة غير الإبهام ثلث دية الأصبع ، وفى كل دية من الإبهام نصف دية الأصبع لما ذكر فى اليد

وتجب الدية فى قدم الأعرج ويد الأعسم إن كانتا سليمتين لأن العرج إنما يكون من قصر إحدى الساقين وذلك ليس بنقص فيه القدم والعسم لقصر العضد أو الذراع أو اعوجاج الرسغ وذلك ليس بنقص فى الكف فلا يمنع هذا كمال الدية فى القدم والكف[1]

٣٥١ — العينان . تجب الدية فى العينين لقوله عليه السلام من كتاب كتبه لعمرو بن حزم : «فى العين خمسون من الإبل » فأوجب فى كل عين خمسين فدل على أنه يجب فى العينين مائة وعين الأعور فيها نصف الدية عند أبى حنيفة والشافعى وفيها الدية كاملة عند مالك وأحمد .

وتجب الدية بقلع العينين وفقئهما، كما تجب بذهاب الأبصار مع بقاء العينين قائمتين

٣٥٢ — الأذنان . — تجب الدية فى الأذنين وفى أحدهما نصف الدية لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم «فى الأذن خمسون من الإبل » فأوجب فى الأذن خمسين فدل على أنه يجب فى الأذنين الدية كاملة وهى مائة من الإبل ولأن فى الأذنين جمالا ظاهراً ومنفعة مقصودة وهى أنها تجمع الصوت.

وإن قطع بعضها من نصف أو ربع أو ثلث وجب فيه الدية بقسطه لأن ماوجبت الدية فى كله وجبت فى بعضه بقسطه كالأصابع

وفى قطع الأذنين الدية ولو بقى السمع سليما وهذا مايراه أبو حنيفة والشافعى وأحمد وبعض فقهاء مذهب مالك وحجتهم أن الأذنين فيهما منفعة

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣١١ ، ٣١٤ — مهذب جـ ٢ ص ٢٢١ مغنى جـ ٩ ص ٦٣ — شرح الدردير ص ٢٤٢ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ — بدائع جـ ٧ ص ٢١٤ البحر الرائق ص ٣٣١ — مهذب جـ ٢ ص ٢١٥ — مغنى جـ ٩ ص ٥٨٥ — شرح الدردير ص ٢٤٢

مقصودة هى أنها تجمع الصوت ولكن بعض فقهاء مذهب مالك يرى فى قطع الأذنين مع ذهاب السمع سليما حكومة لأن الأذنين فى رأيهم ليس فيها منفعة وإنما فيها جمال فقط وليس فى الجمال إلا الحكومة[1]

٣٥٣ — الشفتان : تجب الدية فى الشفتين لما روى أن رسول الله كتب فى كتاب عمرو بن حزم « فى الشفتين الدية » ولأن فيهما جمالا ظاهراً أو منافع كثيرة ويجب فى إحداهما نصف الدية لأن كل شيئين وجب فيهما الدية وجب فى إحداهما نصف الدية كاليدين والأذنين ، وإن قطع بعض الشفة وجب فيه من الدية بقدره فإن جنى عليهما فشلتا وجبت فيهما الدية لأنه أبطل منفعتهما وإن تقلصتا شيئاً مع بقاء منفعتهما ففيهما حكومة[2] .

٣٥٤ — الحاجبان يرى أبو حنيفة وأحمد أن فى الحاجبين الدية وفى أحدهما نصف الدية إذا أزيل الشعر بحيث لا ينبت ويرى مالك والشافعى أن فى إزالة شعر الحاجبين الحكومة فقط لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلا تجب فيه الدية أما أبو حنيفة وأحمد فيريان أنه جمال مقصود لذاته والنعمة ثابتة له ففيه الدية[3]

٣٥٥ — الثديان والحلمتان : تجب الدية فى ثديى المرأة لأن فيهما جمالا ومنفعة وتجب فى إحداهما نصف الدية وتجب الدية أيضاً كاملة فى الحلمتين إذا قطعا دون الثديين وفى أحدهما نصف الدية لأن فى الحلمتين منفعة الثديين ويشترط مالك لوجوب الدية فى الحلمتين أن ينقطع اللبن أو يفسد ، فإن لم يتوفر هذا الشرط ففى الحلمتين حكومة أما باقى الأئمة فلا يشترطون هذا الشرط ويرون الدية فى الحلمتين مطلقاً

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ — بدائع الصنائع ص ٣١٤ — المهذب ج ٢ ص ٢١٦ مغنى ج ٩ ص ٥٩٣

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٢ — بدائع الصنائع ص ٣١٤ — مهذب ج ٢ ص ٢١٧ مغنى ج ٩ ص ٦٠٣ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١١ — مغنى ج ٩ ص ٥٩٧ — مهذب ج ٢ ص ٢٢٤ مواهب ج ٦ ص ٢٤٧

أما ثديا الرجل فليس فيهما إلا الحكومة عند مالك والشافعى لأن في ذهابهما ذهاب جمال من غير منفعة وفى مذهب الشافعى من يرى فى ثديى الرجل وحلمتيه الدية ، ولكن هذا الرأى ليس للمذهب ، ولكنه يتفق مع مذهب أحمد فهو يرى أن فى ثديى الرجل وحلمتيه الدية وحجته أن ماوجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل ولأنهما عضوان يحصل بهما الجمال وليس فى البدن غيرهما.

ويرى أبو حنيفة أن فى ثديى الرجل وحلمتيه حكومة وقد بنى رأيه على أن ثديى الرجل وحلمتيه ليس فيهما جمال ولا منفعة[1] .

٣٥٦ — الأنثيان : تجب الدية فى الأنثيين لما روى أن فى كتاب الرسول لعمرو بن حزم : « وفى البيضتين الدية » ولأن فيهما جمالا ومنفعة فإن النسل يكون بهما وهما وكاء المنى وفى كل واحدة منهما نصف الدية لأن وجوب الدية فى شيئين يوجب نصفها فى أحدهما وإن أشل الأنثيين فعليه الدية كاملة حيث أذهب منفعتهما فإن قطعهما لم تجب فيهما إلا دية واحدة ويرى أبو حنيفة ومن يقول من فقهاء مذهبى مالك وأحمد بأن ذكر الخصى والعنين فيه حكومة ، ويرى هؤلاء جميعا أنه إذا قطع الأنثيان مع الذكر مرة واحدة ففيهما ديتان ، دية للأنثيين ودية للذكر وكذلك الحكم لو قطع الذكر قبل الأنثيين ، أما إذا قطع الأنثيان قبل الذكر فى الأنثيين الدية وفى الذكر حكومة لأنه يصبح بعد قطع الأنثيين ذكر خصى وذكر الخصى فيه حكومة ، أما القائلون بأن ذكر الخصى والعنين فيه الدية وهم الشافعية وبعض فقهاء مذهبى مالك وأحمد فيوجبون فى قطع الذكر والأنثيين ديتان سواء قطعت الأنثيين قبل الذكر أم بعده[2]

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣١١ ، ٣٢٣ ـ شرح الدردير جـ ٤ ص ٢٤٣ المهذب جـ ٢ ص ٢٢٣ ـ المغنى جـ ٩ ص ٦٢٣

(٢) المغنى جـ ٩ ص ٦٢٨ ، ٦٢٩ ـ المهذب جـ ٢ ص ٢٢٣ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٢٤ ـ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٦١

٣٥٧ ـ الشفران : الشفران أو الاسكتان هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه إحاطة الشفتين بالفم وفى الشفرين دية كاملة إذا قطعا حتى ظهر العظم وفى أحدهما نصفها لأن فيهما جمالا ومنفعة فى المباشرة وليس فى البدن غيرهما من نوعهما (١) فإن جنى عليهما حتى أشلهما ففيهما الدية لأنه أزال المنفعة كما لو أنه قطعهما

٣٥٨ ـ الإليتان . يرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن الدية تجب فى الإليتين وأن نصف الدية يجب فى الإلية الواحدة لأنهما عضوان من جنس واحد ليس فى البدن نظيرهما ولأن فيهما جمالا ظاهراً ومنفعة كاملة . والإليتان هما ماعلا وأشرف من الظهر عن استواء الفخذين وفيهما الدية إذا أخذنا إلى العظم الذى تحتهما وفى ذهاب بعضهما بقدره لأن ما وجبت الدية فيه كله وجب فى بعضه بقدره فإن جهل مقدار النقص وجبت حكومة لأنه نقص تعذر تقديره .

ويرى بعض فقهاء مذهب مالك أن فى الإليتين حكومة فقط سواء أخذتا إلى العظم الذى تحتهما أو ذهب بعضهما (٢) ويرى البعض الآخر أن فيهما الدية

٣٥٩ ـ اللحيان . ويرى الشافعى وأحمد أن فى اللحيين الدية وهما العظمان اللذان فيهما الأسنان السفلى لأن فيهما نفعاً وجمالا وليس فى البدن مثلهما فكانت فيهما الدية كسائر مافى البدن منه شيئان فى أحدهما نصف الدية وإن قلنا بما عليهما من الأسنان وجبت ديتهما ودية الأسنان ولم تدخل دية الأسنان فى ديتهما (٣)

٣٦٠ ـ أشفار العينين . ـ تجب الدية فى أشفار العينين أى جفونهما عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد لأن فيهما جمالا ظاهراً ونفعاً كاملا وهى أربعة ليس

---

(١) المغنى جـ ٩ ص ٦٣٩ ـ المهذب جـ ٢ ص ٢٢٣ ـ البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٠٧ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٦١

(٢) المغنى جـ ٩ ص ٦٢٥ المهذب جـ ٢ ص ٢٢٢ ـ البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٠٧ المدونة ج ١٦ ص ١١٣ ـ مواهب الجليل ص ٢٦٢

(٣) المغنى ج ٩ ص ٦١٩ ـ مهذب ج ٢ ص ٢٢٠

مثلها فى الذقن فتجب ربع الدية فى كل واحد منها ـ ويرى مالك أن فى الأشفار الاجتهاد أى الحكومة لأنه لم يرد نص (١) بأن فيها شيئاً مقدراً والتقدير لا بد فيه من نص ولا يثبت بالقياس كما يرى بقية الأئمة .

٣٦١ ـ أهداب العينين ـ يرى أبو حنيفة وأحمد أن فى أهداب العينين الأربعة الدية كاملة لأن فيها جمالا ظاهراً أو نفعاً كاملا وفى ربع كل واحد منهما الدية لكن إذا قطعت الأهداب مع الأجفان ففيها كلها دية واحدة لأن الأهداب تابعة للأجفان كحلمة الثدى مع الثدى والأصابع مع الكف .

ويرى مالك والشافعى أن فى الأهداب حكومة لأنها جمال لا منفعة فيه وإذا قطعت الأهداب مع الأجفان ففى مذهب الشافعى رأيان رأى . يرى أن لا شىء فى الأهداب لأنها شعر نابت فى العضو التلف وهو الجفين ورأى يرى أن فى الجفنين الدية وفى الهدب الحكومة لأن فيه جمالا (٢)

٣٦٢ ـ أصابع اليدين وأصابع الرجلين . ـ تكلمنا عن أصابع اليدين والرجلين مع اليدين والرجلين فلا داعى لتكرار الكلام عنهما وفيما ذكرهناك الكفاية

٣٦٣ ـ الأسنان ـ يجب فى كل سن خمس من الإبل لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم « فى السن خمس من الإبل » ولما رواه عمرو بن شعيب عن الرسول . « فى الأسنان خمس خمس » ويستوى السن والناب والضرس بالضرس فأرشها سواء لما روى أبو داود عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال . « فى الأصابع سواء والأسنان سواء الثنية والضرس سواء هذه وهذه سواء »

ويجب الضمان فى سن من قد ثغر وهو الذى أبدل أسنانه وبلغ حدا إذا قلعت

---

(١) مغنى ج ٩ ص ٥٩٢ ـ مهذب ج ٢ ص ٢١٥ ـ بدائع الصنائع ص ٣٢٤ ، ٣١١ مواهب ج ٦ ص ٢٤٧

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ ـ بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣٤٤ ـ مهذب ج ٢ ص ٢١٩ مغنى ج ٩ ص ٥٩٣

منه لم يعد مدلما ، فأما سن الصبى الذى لم يثغر فلا يجب قلعها فى الحال شىء لأن العادة عود سنه فإن مضت مدة ييأس من عودها وجب أرشها وإذا عادت لم يجب فيها أرش ، ولكن إن عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكومة ، وإن عادت خارجة عن صف الأسنان بحيث لاينتفع بهـــا ففيها الدية وإن كان ينتفع بها ففيها حكومة

وإن قلع سن من أثغر وجبت ديتها فى الحال فإن عادت لم تجب الدية وعليه ردها وإن كان قد أخذها ، وهذا رأى أبى حنيفة وأحمد ـ ويرى مالك أنه لايرد شيئاً لأن العادة أنها لاتعود فإن عادت فهى هبة مجردة ـ وفى مذهب الشافعى يأخذ البعض برأى مالك والبعض بالرأى المضاد

وتجب دية السن فيما ظهر من اللثة لأن ذلك هو المسمى سنا وما فى اللثة يسمى سنخاً ، فإذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ فى السن أرشها وفى السنخ حكومة كما لو قطع إنسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه ، وإن قلعت السن بسنخها لم يجب فيها أكثر من الأرش ، وإن كسر بعض السن ففيه من أرشه بقدر ما كسر .

وإن قلع سناً مضطربة لكبر أو مرض وكانت منافعها باقية من المضغ وضبط الطعام وجب أرشها وكذلك إذا ذهب بعض منافعها وبقى بعضها وفى رأى أحمد ، أما مذهب الشافعى ففيه رأيان رأى يرى الأرش ورأى يرى أن مقدار النقص يجهل قدره فيكون فيها الحكومة ، أما إذا ذهبت منافعها كلها ففيها حكومة أو ثلث ديتها على رأى فى مذهب أحمد

وإن قلع سنا فيها داء أو أكلة فإن لم يذهب شىء من أجزائها ففيها دية السن الصحيحة لأنها كاليد المريضة ، وإن سقط من أجزائها شىء سقط من أرشها بقدر الذاهب ووجب الباقى

وإن جنى عليه فتغير لون السن إلى السواد أو الخضرة أو الحمرة أو الصفرة ففى مذهب مالك فيها الأرش إن كان التغير إلى الخضرة والحمرة والصفرة تساوى

التغير إلى السواد وإلا فحكومة ، ومذهب أبى حنيفة فيها الأرش إذا كانت الصفرة بمنزلة السواد ، وعند الشافعي يجب فيها حكومة في جميع الحالات في رأى، وفي رأى تجب الدية في السواد إذا زالت المنفعة وإلا فحكومة ، وهذا أحد الرأيين في مذهب أحمد ، والرأى الثانى فى التسويد الدية[1] .

وإذا جنى على أسنانه كلها دفعة واحدة ففيها مائة وستون من الإبل بحساب كل سن خمس من الإبل وهذا رأى مالك وأبى حنيفة وأحمد ولو أن هذا المقدار يزيد عن دية كاملة لأن النص جعل أرش كل سن خمسا من الإبل ، وفي مذهب الشافعي رأيان. أحدهما يأخذ بما يراه الأئمة الثلاثة وهو الرأى الراجح وحجته أن ماضمن على انفراد لا ينقص ضمانه بانضمام غيره إليه ، وثانيهما أنه لا يجب في الأسنان كلها إذا قلعت دفعة واحدة إلا دية واحدة لأنه جنس ذو عدد فلا يضمن بأكثر من دية كأصابع اليدين

إذهاب المعانى

٣٦٤ ـ القاعدة أن العضو إذا ذهب بمنفعته لم تجب فيه إلا دية واحدة كالعينين إذا قلعتا فذهب ضوؤهما لم تجب فيهما إلا دية واحدة هى دية العينين لأن الضوء فيهما وهما محله ومثل ذلك سائر الأعضاء إذا ذهبت منفعتها لم يجب فيها إلا دية واحدة وهى دية العضو لا المنفعة لأن نفعها فيها فدخلت ديته ودنتها ولأن منافعها تابعة لها تذهب بذهابها فوجبت دية العضو دون المنفعة

أما إذا بقى العضو وذهبت منفعته فتجب الدية فى المنفعة الذاهبة ، فمن ضرب إنسانا على رأسه فأذهب بصره أو سمعه وجبت عليه دية البصر أو السمع

والمنافع كثيرة ، منها ماهو حاسة كالسمع والبصر والشم والذوق واللمس ومنها ماهو معنى كالمشى والبطش والعقل والنطق وقد اختلف الفقهاء فى تحديد للمعانى التى تجب فيها الدية كما سيتبين لنا فيما بعد .

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٦٣ ـ بدائع الصنائع ص ٣١٠ ـ مهذب جـ ٢ ص ٢١٩ مغنى جـ ٩ ص ٦١١

٣٦٥ - ١ - السمع : فى السمع الدية لما روى معاذ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فى السمع الدية » ولما روى عن أبى قلابة أن رجلا رمى آخر بحجر فى رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه فقضى عمر رضى الله عنه بأربع ديات والرجل حى

وإن أذهب السمع فى إحدى الأذنين وجبت نصف الدية ، وإن قطع الأذنين فذهب السمع وجب عليه ديتان لأن السمع فى غير الأذن فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر ، إلا أن بعض فقهاء مذهب مالك يرون فى السمع دية وفى الأذنين حكومة لأنهم يرون من الأصل أن الأذنين ليس فيهما إلا الحكومة[1].

٣٦٦ - ٢ - البصر : وفى البصر الدية لأنه منفعة العينين ، وكل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجبت بإذهاب نفعهما ، وفى ذهاب إبصار العين الواحدة نصف الدية ، وليس فى إذهاب العينين بنفعهما أكثر من دية واحدة كاليدين لأن العينين هما محل البصر[2].

٣٦٧ - ٣ - الشم : وفى الشم الدية لقوله عليه السلام فى كتاب عمرو ابن حزم « فى المشام الدية » وإن قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان لأن الشم فى غير الأنف فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر كالسمع مع الأذن والبصر مع أجفان العين والنطق مع الشفتين[3] وإن جنى عليه فذهب الشم من أحد المنخرين وجب فيه نصف الدية كما تجب فى إذهاب البصر من أحد العينين والسمع من أحد الأذنين .

٣٦٨ - ٤ - الذوق : يرى مالك وأبو حنيفة أن فى الذوق الدية وفى مذهب أحمد رأيان أحدهما يرى فى الذوق الدية ، والثانى لا يرى فيه الدية ، وتجب الدية إذا ذهبت

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٩٥ - المهذب ج ٢ ص ٢١٦ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٧ وما بعدها ، شرح الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٣ - مهذب ج ٢ ص ٢١٥ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٢ وما بعدها

(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٩٩ ، ٦٠٢ - المهذب ج ٢ ص ٢١٧ - بدائع الصنائع ص ٣١١ - الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣

حاسة الذوق تماماً، فإن ذهب بعضها دون بعض وجب من الدية بقدر ما ذهب فقط[1]

٣٦٩ - ٥ - الكلام تجب الدية في الكلام - فإذا جنى عليه فخرس وجبت الدية كاملة وإن فقد بعض الكلام دون بعض وجب من الدية بقدر ما نقص[2] وإذا قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه ففيهما جميعاً دية واحدة ، لأن دية الكلام والذوق تدخل في دية اللسان أما إذا جنى عليه فأذهب كلامه وذوقه مع بقاء اللسان ففيهما ديتان مع مراعاة ما ذكرنا من الخلاف عند الكلام عن الذوق

٣٧٠ - ٦ - العقل تجب الدية في ذهاب العقل لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم «في العقل الدية» ولما كان العقل من أكبر المعاني قدراً وأعظم أثراً من جميع الحواس، وبه يتميز الإنسان من البهيمة ويعرف به حقائق المعلومات ويهتدي به إلى مصالحه ويتقي ما يضره ويدخل في التكليف، فقد رأى بعض الفقهاء أن يعطى العقل حكم النفس كأبي حنيفة وأصحابه والشافعي في رأيه القديم وإن ذهب العقل بجناية لا توجب أرشا كاللطمة أو التخويف ونحوها ففيه الدية لا غير وإن أذهبه بجناية لها أرش مقدر كالموضحة ، أو قطع عضو وجبت الدية وأرش الجرح أو الطرف عند مالك والشافعي طبقاً لرأيه الجديد وهو المذهب وكذلك عند أحمد ، أما أبو حنيفة فيرى كما يرى الشافعي قديماً والرأي الأخير في مذهب مالك أن يدخل أرش الجرح أو الطرف في دية العقل ، لأن الواجب في العقل دية النفس ، والعقل يقوم مقام النفس من حيث المعنى ، لأن جميع منافع النفس تتعلق به فكان تفويته تفويت النفس معنى ، ولا شك أنه إذا أدت الشجة أو قطع الطرف إلى الموت دخلت الشجة والطرف في دية النفس ، فهكذا تدخل في دية العقل ، على أن زفر والحسن بن زياد لا يريان التداخل وإن جنى

(١) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٥٩٣ — المهذب جـ ٢ ص ٢١٩ بدائع الصنائع ص ٣١١ — الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣

(٢) المغني ص ٤ ٦ وما بعدها — الشرح الكبير جـ ٩ ص ٥٩٤ ، ٤ ٦ — المهذب جـ ٢ ص ٢١٨ ، ٢١٩ — بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٧ — الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣

عليه فأذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع أرش الجرح مع مراعاة الخلاف السابق في مذهب أبي حنيفة ، ومع مراعاة أن أبا حنيفة ومحمد يقولان بالتداخل مع العقل فقط دون غيره من المعاني ، أما أبو يوسف فيقول بالتداخل مع كل المعاني الباطنة كالعقل والشم والكلام والجماع والذوق ، أما البصر فلا لأنه معنى ظاهر ، ومن القضايا المشهورة في عهد عمر أن رجلا رمى آخر بحجر فأذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه ، فقضى عليه عمر بأربع ديات وهو حيّ لكن إذا مات المجني عليه من الجناية لم تجب إلا دية واحدة ، لأن ديات المنافع كلها تدخل في دية النفس كديات الأعضاء[1] .

٣٧١ — المشي والجماع : إذا ذهب المشي أو القدرة على الجماع ففي كل منهما الدية كاملة ، والمعروف أن الصلب يؤثر على هذين المعنيين ، فإذا كسر صلبه وأبطل جماعه فعليه ديتان لا دية واحدة كما هو رأي مالك حيث لا يرى اندراج دية الصلب فيه ، وقياساً على هذا إذا أبطل صلبه فأبطل جماعه ومشيه وجب عليه ثلاث ديات ، فإذا لم يبطل صلبه فعليه ديتان ، وعلة عدم الاندراج أن الصلب ليس هو محل المنفعة فعضو المشي الأقدام وعضو الجماع الذكر.

وفي مذهب الشافعي وأحمد رأيان : رأي يرى أن في ذهاب المشي والجماع ديتان لأنهما منفعتان مختلفتان ، ورأي يرى أن فيهما دية واحدة لأنهما منفعة عضو واحد كما لو قطع لسانه فذهب نطقه وذوقه ، وقياس مذهب أبي حنيفة أن يكون فيهما دية واحدة[2] .

٣٧٢ — الصعر — وتجب الدية في الصعر ، وهو أن يضرب مثلا فيصير

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٤ وما بعدها ـ مواهب ج ٨ ص ٢١٧ ـ بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٧ ـ الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٦ ، ٥٩٧ ، ٦٠٥ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٢٧ ـ بدائع الصنائع ٣١١ ، شرح الدردير ٢٤٣

الوجه إلى جانب ، وأصل الصعر داء يأخذ البعير فيلتوى منه عنقه ، قال تعالى : { ولا تصعّرْ خدَّكَ للناسِ } أى لاتعرض عنهم بوجهك تكبراً كإمالة وجه البعير الذى به الصعر فمن جنى على إنسان جناية تعوج عنقه حتى صار وجهه فى جانب ، فيرى أبوحنيفة وأحمد أن فيه الدية ، ويرى الشافعى فى الصعر الحكومة لأنه إذهاب جمال من غير منفعة وهو قياس مذهب مالك[1]

٣٧٣ ـ معانى أخرى : ويرى أبو حنيفة الدية فى البطش والإيلاد ، وظاهر مذهبه أن كل معنى يفوت تجب فيه الدية[2]

أما عند مالك فيحدد بعض الشراح المعانى بعشر وهى العقل ـ والسمع والبصر ـ والشم ـ والنطق ـ والصوت ـ والذوق ـ وقوة الجماع والنسل ـ وتغيير لون الجلد بمرض أو تسويد أو تجذيم ، والقيام والجلوس[3] .

ولكن بعض الشراح لايرى مانعاً من القياس على هذه العشر ويضيف إليها اللمس ويرى أحمد أن فى تسويد الوجه الدية[4] وفى ذهاب القدرة على الأكل الدية[5] بينما يرى الشافعى فى تسويد الوجه حكومة جريا على قاعدته التى لاتوجب الدية إلا فى زوال منفعة

ويرى الشافعى وجوب الدية فى إبطال الكلام وفى إبطال الصوت وفى إبطال قوة المضغ وفى إبطال قوة الإمناء وقوة الحبل والإحبال وإذهاب لذة الجماع ولذة الطعام[6] .

والظاهر من مذهب الشافعى وأحمد أن المعانى التى تجب فيها الدية ليست

---

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٨

(٢) بدائع الصنائع ص ٢٩٦ ، ٣١١ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٠ ـ شرح الدردير ص ٢٤١

(٤) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٦ ، (٥) نهاية المحتاج ص ٣١١ ، ٣٢٣

(٦) نهاية المحتاج ص ٣٢١ ، ٣٢٣

عددة على وجه التعيين ، فلاذكر في الكتب أمثلة على المعاني التي تذهب وفيها الدية .

٣٧٤ — ويجب أن نلاحظ في هذا المقام الفرق الظاهر بين اتجاه مالك والشافعي من ناحية في تعيين المعاني التي تجب فيها الدية و بين اتجاه أبي حنيفة وأحمد ، فالأولان لايجعلان في المعنى دية إلا إذا كان في فوات المعنى فوات منفعة أما الأخيران فيجعلان في المعنى دية إذا كان في فوات المعنى فوات الجمال ولو لم يكن قد فاتت به منفعة .

٣٧٥ — مايجب في فوات بعض المعنى . — القاعدة عند الفقهاء أنه إذا فات المعنى كله وجبت فيه الدية ، فإن فات بعضه وجب فيه بعض الدية بنسبة مافات ، هذا إذا كان النقص معروفاً كذهاب الإبصار من عين دون أخرى أو كذهاب السمع من أذن دون أخرى أو كان الذاهب يمكن التقدير ، أما إذا كان الفائت لايمكن معرفة قدره فيرى الشافعي وأحمد أن فيه حكومة وهذا هو قياس مذهب أبي حنيفة ، أما مالك فيرى أن يقابل النقص بما يناسبه من الدية في كل حال ، وفي حالة تعذر التقدير الدقيق يقدر الناقص بأدنى مايمكن وأكثر مايمكن ، وفي العمد يلزم المتعمد بالأكثر لأنه ظالم ، والظالم أحق بأن يحمل عليه ، وفي الخطأ يلزم المخطىء بأقل مايمكن(١) .

مايجب فيه أرش مقدر

٣٦٧ — يجب الأرش المقدر في الأطراف وفي الشجاج والجراح .

الأطراف التي لها أرش مقدر . — شمل كلامنا عما تجب فيه الدية من الأطراف الكلام عن الأطراف التي يجب فيها أرش مقدر — ففي كل اثنين من البدن فيهما كمال الدية وفي أحدهما نصف الدية وهذا هو الأرش المقدر كاليدين والرجلين والعينين والأذنين والأنثيين والثديين ، فأرش اليد المقدر نصف دية

(١) شرح الدردير جـ ٤ ص ٢٤٣ — مهذب جـ ٢ ص ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٩ المغني جـ ٩ ص ٥٩٦ ، ٥٩٩ الشرح الكبير جـ ٩ ص ٥٩٩ ، ٦٠٢

اليدين معاً ، وأرش الرجل نصف دية الرجلين معا وهكذا وأرش العين الواحدة هو نصف دية العينين ولكن مالكاً يخالف باقى الفقهاء فى عين الأعور هو وأحمد .

وفى أصابع اليدين والرجلين ، فى كل أصبع عشر الدية ، وما كان من الأصابع فيه ثلاث مفاصل ففى كل مفصل ثلث أرش الأصبع ، وما كان فيه مفصلان ففى كل واحد منهما نصف الأرش وما وجبت الدية فى أربعة منه ففى الواحد منه ربع دية وهذا هو أرشه المقدر ، ففى أشفار العينين الدية وفى ثلاثة منها ثلاثة أرباع الدية وفى الاثنين نصفها وفى الواحد ربع الدية وهذا هو أرشه المقدر

وفى كل سن كما عرفنا خمس من الإبل وهذا هو الأرش المقدر للسن

وهكذا نستطيع أن نعرف الأطراف التى فيها أرش مقدر إذا رجعنا للأطراف التى فيها الدية الكاملة والتى لها نظائر فى البدن أما الأطراف التى لا نظائر لها فى البدن ففيها الدية الكاملة وحدها ، والأرش المقدر يجب أن يكون أقل من الدية .

أرش الشجاج

٣٧٧ ـ عرفنا مما سبق عدد الشجاج وأسماءها وأن مكانها الرأس والوجه وبقى أن نعرف إن كان لهذه الشجاج أرش مقدر أم لا

ومن المتفق عليه أن ماقبل الموضحة من الشجاج ليس له أرش مقدر سواء على رأى القائلين بأنها خمسة أو القائلين بأنها ستة وهناك رواية عن أحمد بأن فى الدامية بعيراً وفى الباضعة بعيرين وفى المتلاحمة ثلاثة وفى السمحاق أربعة وحجته أن زيد بن ثابت قضى بهذا ولكن هذا الرأى ليس المذهب[1] .

أما مايجب فيه أرش مقدر من الشجاج فهو الموضحة وما بعدها أى الهاشمة والمنقلة والآمة والدامغة

(١) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٦١٩ ـ شرح الدردير ص ٢٤٠ ـ بدائع الصنائع ص ٣١٦ جامع المهذب جـ ٢ ص ٢١٢

٣٧٨ - الموضحة - يجب فى الموضحة خمس من الإبل لما روى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم «وفى الموضحة خمس من الإبل» ولما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى عليه السلام أنه قال «فى المواضح خمس خمس».

ويجب الأرش فى كل موضحة، فى الصغيرة والكبيرة، وفى البارزة والمستورة بالشعر لأن اسم الموضحة يقع على الجميع وأرش موضحة الوجه والرأس سواء عند الأئمة الأربعة. ولكن لأحمد رأى مخالف يرى فيه أن يكون أرش موضحة الوجه مضاعفاً، لأن شينها أكثر ولأنها ظاهرة ولا يسترها الشعر كما هو الحال فى موضحة الرأس[1].

ولا يجب مع الأرش شيء آخر عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد ولو برئت الموضحة على شين والمشهور عند مالك أنه إذا برئت على شين موضحة الوجه أو الرأس، أخذ من الجانى حكومة مقابل الشين وهذه الحكومة علاوة على الأرش[2]

ولا يجب الأرش إلا فى موضحة الرأس والوجه، أما موضحة الجسد فليس فيها شيء مقدر وإنما فيها الحكومة، وإن أوضحه موضحتين بينهما حاجز وجب عليه أرش موضحتين وإن أزال الحاجز بينهما قبل البرء فهما موضحة واحدة عليه أرشها، فإن اندملتا ثم أزال الحاجز فعليه أرش ثلاث مواضح. لأنه استقر عليه أرش الأوليين بالاندمال ثم لزمته الثالثة، وإن اندملت إحداهما وزال الحاجز بفعله أو بسراية الأخرى، فعليه أرش موضحتين، أما إذا زال الحاجز بفعل المجنى عليه أو بفعل أجنبى فعلى الأول أرش موضحتين، وعلى الأجنبى أرش موضحة لأن فعل كل لا يبنى على فعل الآخر، فانفرد كل بحكم جنايته. وهذا هو مذهب الشافعى وأحمد

وإذا شجه فى رأسه شجة بعضها موضحة، وبعضها دون الموضحة، لم يلزمه

---

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٩

(٢) شرح الدردير ص ٢٤١

أكثر من أرش موضحة لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من ذلك . فلأن لا يلزمه فى الإيضاح فى البعض أكثر من ذلك أولى[1] .

٣٧٩ - الهاشمة . - ويجب فى الهاشمة وهى التى توضح العظم، وفى الهاشمة عشر من الإبل ، ولم يعرف عن النبى صلى الله عليه وسلم تقدير فيها . وإنما هو مروى عن زيد بن ثابت والهاشمة فى الرأس والوجه والرأس خاصة عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد . أما مالك فلا يعرف الهاشمة إلا فى جراح البدن ويجب بدلا منها - أى الهاشمة - للنقلة فى الوجه والرأس[2]

ولو ضرب رأسه بمثقل فهشم العظم من غير إيضاح ففى مذهب أحمد والشافعى رأيان أولهما يوجب الحكومة لأنه كسر عظم من غير إيضاح والثانى يوجب خمساً من الإبل لأنه لو أوضحه وهشمه وجب عشر من الإبل وقد وجد الهشم فيه خمس من الإبل[3]

٣٨٠ - المنقلة وتجب فى المنقلة خمس عشرة من الإبل لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم « فى المنقلة خمس عشرة من الإبل » والمنقلة زائدة على الهاشمة فهى التى تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها فيحتاج إلى نقل العظم ليلتئم

٣٨١ - الآمة ونسمى الآمة والمأمومة وهى الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ وأرشها ثلث الدية لقوله عليه السلام فى كتاب عمرو بن حزم « وفى المأمومة ثلث الدية » ولما روى عكرمة بن خالد أن النبى قضى فى المأمومة بثلث الدية .

---

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٣ وما بعدها - مهذب ج ٢ ص ٢١٢ ، ٢١٣ شرح الدردير ص ٢٤ ، ٢٤١

(٢) شرح الدردير ص ٢٢٣ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٥ ، ٦٢٦ - مهذب ج ٢ ص ٢١٣ - بدائع الصنائع ٣١٦

(٣) مهذب ج ٢ ص ٢١٣ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٥ ، ٦٢٦

٣٨٢ - الدامغة : ويوجب الفقهاء فى الدامغة ثلث الدية ، ويرى بعض فقهاء مذهبى الشافعى وأحمد أنه يجب فيها ثلث الدية لمساواتها بالآمة وحكومة فيما زاد عنها لأنها تزيد عنها خرق جلدة الدماغ ولا يهتم الفقهاء كثيراً بالدامغة لأنها تؤدى غالباً للموت[1] .

أرش الجراح

٣٨٣ - الجراح كما علمنا على نوعين . جائفة وغير جائفة ، فأما غير الجائفة فهى الجراحات التى لا تصل إلى جوف والواجب فيها الحكومة فإن أوضح عظما فى غير الرأس والوجه أو هشمه أو نقله وجب فيه الحكومة لأنها لا تشارك نظائرها من الشجاج التى فى الرأس والوجه فى الاسم ولا تساويها فى الشين والخوف على المجنى عليه منها ولذلك لم تساوها فى تقدير الأرش .

أما الجائفة وهى التى تصل إلى الجوف من البطن أو الظهر أو الصدر أو الورك فالواجب فيها ثلث الدية لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتاب عمرو بن حزم « فى الجائفة ثلث الدية »

وإن خرقه من جانب فخرج من جانب آخر فهما جائفتان عند مالك وأبى حنيفة وأحمد أما فى مذهب الشافعى فاختلفوا فى الثقب الحاصل من الداخل إلى الخارج فاعتبره بعضهم جائفة وهو الرأى الراجح فى المذهب لأنها جراحة نافذة للموت وتساوى الآتية من الخارج ومن ثم أوجبوا فيها أرش الجائفة أما صحة الرأى المضاد فأوجبوا فى الجراحة الثانية حكومة لأن الجائفة عندهم ما تصل من الخارج إلى الداخل[2] .

---

(١) الشرح الكبير ص ٦٢٧ ، ٦٢٨ - وباقى المراجع كما هى

(٢) الدردير ج ٤ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ - بدائع الصنائع ص ٣١٨ ، ٣١٩ - مهذب ج ٢ ص ٢١٤ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٩

هل تتساوى الديات لكل الأشخاص

الأنثى ثم بعدها التفاوت

٣٨٤ - دية الأنثى فيما دون النفس : يرى أبو حنيفة والشافعى أن دية المرأة على النصف من دية الرجل نفساً وجرحاً وأطرافاً[1] فأرش أصبع الرجل عشرة من الإبل وأرش أصبع المرأة خمس من الإبل وأرش الهاشمة فى الرجل عشر من الإبل ، وفى المرأة خمس ، وأرش الجائفة فى الرجل ثلث ديته وأرش الجائفة فى المرأة ثلث ديتها وهى على النصف من دية الرجل

أما مالك وأحمد فعندهما أن أرش جراح المرأة يساوى أرش جراح الرجل إلى ثلث الدية فإن جاوز الأرش ثلث الدية فللمرأة نصف ما يجب للرجل فمثلا إذا قطع لامرأة ثلاث أصابع أخذت أرشها ثلاثين من الإبل كما يأخذ الرجل لأن الأرش لم يجاوز ثلث الدية فإذا كان المقطوع أربع أصابع أخذت أرشها عشرين من الإبل لأن أرش الأصابع الأربع أربعون من الإبل ، وهذا القدر يزيد على ثلث الدية فتأخذ النصف فقط[2] وهذه القاعدة مطلقة غير مقيدة بقيد عند أحمد أما مالك فيقيدها بقيدين أولهما اتحاد الفعل أو ما فى حكمه ويقصد باتحاد الفعل الضربة الواحدة ولو أصابت أكثر من محل كما لو ضرب الجانى المجنى عليها ضربة واحدة فأصابت يديها معاً أو يدها ورجلها ويقصد بما فى حكم اتحاد الفعل تعدد الضربات فى فور واحد سواء أصابت محلا واحداً أم أكثر فإذا اتحد الفعل أو كان فى حكم المتحد فإن المجنى عليها أرش إصاباتها كاملا إذا لم يزد مجموعه على ثلث الدية فإن زاد فلها النصف فقط ولا ينظر إلى كل إصابة وحدها فمثلا لو ضربها ضربة واحدة أو ضربتين فى فور واحد فأصاب أصبعين من كل يد فمجموع أرش الأصابع الأربع ، أربعون من الإبل وهذا المجموع يزيد على ثلث الدية فيكون المستحق لها النصف فقط ولو ضربها فأصاب أربعة أصابع من يد واحدة فالحكم هو نفس ما سبق

(١) بدائع الصنائع ص ٣١٢ - نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٠٣

(٢) شرح الدردير جـ ٤ ص ٤٨

والقيد الثاني هو اتحاد المحل، ويراعى هذا القيد سواء اتحد الفعل أو لم يتحد الفعل فمثلا إذا ضربها فأصاب من يدها اليمنى ثلاث أصابع فدية الأصابع الثلاث ثلاثون من الإبل وهي لا تبلغ ثلث الدية فتستحقها كلها فلو ضربها هو أو غيره مرة ثانية فأصاب أصبعاً أخرى من نفس اليد فأرشها خمس من الإبل لأن مجموع أرش هذه الأصبع مع أرش الثلاث المقطوعة سابقاً يزيد على ثلث الدية وكذلك الحكم لو أصابت من المرة الثانية هذه الأصبع وأصبعين من اليد الأخرى فإنه يأخذ خمساً من الإبل في الأصبع الرابعة من اليد اليمنى وعشرين في الأصبعين المقطوعين من اليسرى لأنه قطع بضربته ثلاث أصابع أرشها لا يبلغ ثلث الدية فتستحق عن كل أصبع عشرة من الإبل، لكن لما كان الأصبع الرابع من اليد اليمنى تطبق فيه قاعدة اتحاد المحل فلا تستحق فيه إلا خمساً من الإبل وتراعى قاعدة اتحاد المحل على الرأي الراجح في الأصابع فقط ولا تراعى في الأسنان ولا في المواضح والمناقل وتراعى قاعدة اتحاد الفعل وما في حكمه في كل الأحوال فلو شجت المرأة منقلتين في فور واحد فأرشهما ثلاثون من الإبل لأن مجموع أرشهما لا يبلغ ثلث الدية ولو شجت أربع مناقل في فور واحد أو بضربة واحدة فمجموع أرشها ستون من الإبل وهو يزيد على ثلث الدية فيكون لها النصف من دية الرجل وهو ثلاثون من دية الإبل فإذا أصيبت بعد شفائها بمنقلة أخرى أو منقلتين أخذت أرشهما كاملا لأنه لا يبلغ ثلث الدية ولأن قاعدة اتحاد المحل لا تراعى في المناقل [1]

٣٨٥ - الأرش غير المقدر أو الحكومة: يجب الأرش غير المقدر في الجنايات الواقعة على ما دون النفس مما لا قصاص فيها وليس لها أرش مقدر ويسمى الأرش غير المقدر في اصطلاح الفقهاء حكومة أو حكومة العدل

ومعنى الحكومة عند الأئمة الأربعة أن تقدر قيمة المجني عليه باعتباره عبداً قبل الجرح ثم تقدر قيمته بعد الجرح والبرء منه ثم تعرف نسبة النقص في القيمة

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٩ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٤، ٢٦٥

ثم يؤخذ من الدية بنسبة هذا النقص ، فذلك هو مايستحقه المجنى عليه ولكن يشترط أن لاتبلغ الحكومة أرش جرح مقدر . فمثلا إذا كان الجرح مما قبل الموضحة كالسمحاق فلا يجوز أن يبلغ أرش الموضحة ، وحكى عن مالك أنه مانحرجه الحكومة كائنا ما كان لأنها جراحة لامقدر فيها فوجب فيها مانقص كما لو كانت فى سائر البدن .

ويرى بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى أن يكون التقدير بالنسبة للعضو الذى حدثت به الإصابة لا بالنسبة للنفس ، أى أنه علم نسبة النقص قدر النقص على أساس دية العضو الذى أصيب لاعلى أساس دية النفس ، فإن كان النقص هو العشر مثلا والجناية على اليد فالحكومة عشر دية اليد ، لاعشر دية النفس ، وإن كانت الجناية على أصبع فالحكومة عشر دية الأصبع . وحجة هؤلاء أن اعتبار دية النفس قد يؤدى إلى أن تزيد الحكومة على دية الطرف الذى حدثت به الجناية

وطريقة التقدير على أساس فرض المجنى عليه عبداً لاتصلح اليوم لأن الرقيق أبطل من العالم فلا يمكن معرفة القيم المختلفة .

ولقد علمنا أن بعض الفقهاء فى مذهب أحمد والشافعى يرون أن ماقبل الموضحة إذا أمكن معرفة قدره من الموضحة وجب فيها على قدر ذلك من أرش الموضحة ، ولعل هذه الطريقة يمكن استخدامها الآن فى تقدير الحكومة فيقدر كل مافيه حكومة على أساس مافوقه مما له أرش مقدر

ويشترط الفقهاء فى تقدير الحكومة أن يكون التقدير بمعرفة ذوى عدل من المقومين فيأخذ القاضى بقولهما ، وأن يكون التقدير بعد البرء لاقبله ويصح أن يجتهد القاضى فى التقدير

ومن المتفق عليه أن الحكومة تجب إذا شفى الجرح على شين فإذا شفى على غير شين فقد اختلفوا ، فيرى أحمد والشافعى أن الحكومة تجب ولو شفى الجرح على غير شين ، ويرى مالك التعزير فقط ، ويرى أبو يوسف أن فيها حكومة الألم ، ويرى محمد أن فيها أجرة الطبيب[1]

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٤ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٣٧ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٢٧ ـ الإقناع جـ ٤ ص ٢٢٣

وحين يقول بعض الفقهاء أن الجروح إذا برئت على غير شين ليس فيها شيء، فمعنى ذلك أن ليس فيها مال، أما التعزير فواجب فيها طبقاً للقواعد العامة لأن الجناية اعتداء، وكل اعتداء ليس فيه حد مقدر فيه التعزير

وكل جناية لم تترك أثراً إطلاقاً كاللطمة واللكم والضرب بمثقل لا يترك أثراً ولا يلون الجسم ليس فيها ضمان وإنما فيها التعزير.

٣٨٦ — ومقدار الدية فيما دون النفس عمداً هو مقدار الدية في النفس عمداً، مائة من الإبل وهي مربعة على ما يرى مالك وأبو حنيفة وأحمد، ومثلثة على ما يرى الشافعي ومحمد بن الحسن كما ذكرنا قبلا

وإذا كان للمستحق أقل من دية كاملة، روعيت النسبة في أوصاف الإبل مثلا إذا كان الأرش عشرة من الإبل كان أرباعاً أو أثلاثاً على حسب الرأيين المختلفين اللذين ذكرناهما

٣٨٧ — الأجناس التي تجب فيهـا الدية هي نفس الأجناس التي سبق الـكلام عليها في العمد في النفس

٣٨٨ — تغليظ الدية . يرى بعض فقهاء مذهب أحمد أن الدية تغليظ في العمد وفي الخطأ وفي النفس وما دون النفس، ويرى البعض أنها لا تغلظ إلا في القتل الخطأ فقط وأنها لا تغلظ فيما دون النفس [1]

ويرى مالك أنها تغلظ فيما دون النفس في العمد في حالة واحدة وهي جنايات الوالد على ولده وكيفية التغليظ عنده تثليث الدية [2] أما أبو حنيفة والشافعي فلا يريان التغليظ فيما دون النفس ولـكن الشافعي يرى التغليظ في الخطأ فيما دون النفس كما هو الحال في النفس كما ورد ذلك في الجزء السابع من نهاية المحتاج .

---

(١) المغني ج ٩ ص ٠ ٥ ـ الإقناع ج ٧ ص ٢١٥
(٢) شرح الدردير ص ٣٧

٣٨٩ — من يحمل الدية في العمد ؟ يحمل الدية في العمد الجاني في كل الأحوال باتفاق الفقهاء ، ولكن مالكا يستثنى في حالة العمد أرش الجراح التي لا يمكن القصاص فيها خوف تلف الجاني كالجائفة والآمة وكسر العمد ، ويرى أن العاقلة تحمل مع الجاني ما يبلغ ثلث دية الجاني والمجني عليه من هذه الجراح بشرط أن لا تكون الجناية قد ثبتت على الجاني بالاعتراف لأن العاقلة لا تحمل اعترافا (١)

٣٩٠ — هل تجب الدية حالة ؟ تجب الدية حالة في العمد عند مالك والشافعي وأحمد ، وتجب مؤجلة إلى ثلاث عند أبي حنيفة وما يحمله مالك للعاقلة من العمد يجب مؤجلا إذا زاد على ثلث دية المجني عليه أو الجاني (٢) والمعتبر في التأجيل أن الدية الكاملة تؤجل في ثلاث سنوات ، فلا يقل القسط عن ثلث الدية ، وما زاد عن الثلث يدفع في السنة الثانية ، فإن كان الواجب أكثر من الثلثين دفع ما زاد عن الثلثين في السنة الثالثة .

٣٩١ — التداخل في الديات تكلمنا فيما سبق عن التداخل بمناسبة الكلام على ديات الأطراف والمعاني ونرى من الأفضل أن نجمع أحكام التداخل في مكان ليكون ذلك أعون على فهمها

تداخل ديات الأطراف

لا تتداخل دية طرف في طرف ، وإنما تتداخل دية بعض الطرف في دية بعضه الآخر إذا كانت دية البعض هي دية الكل ، أو كانت دية الكل تشمل دية البعض

فاليد طرف فيها دية واحدة إذا قطعت الكف مع الأصابع ، وإذا قطعت الأصابع وحدها ففيها الدية ، فإذا قطعت الكف بعد ذلك ففيها حكومة لأن ديتها

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ — المغني ج ٩ ص ٤٨٨ — المهذب ج ٢ ص ٢٠٩

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥

دخلت في دية الاصابع ومثل اليد الرجل ، والأجفان فيها الدية ، والأهداب فيها الدية أيضاً على رأى فإذا قطع الأجفان مع الهدب ففيهما دية واحدة لأنهما عضو واحد وإذا قطعت الأهداب ففيها الدية فإذا قطعت الأجفان بعدها ففيها حكومة لأن ديتها دخلت في دية الأهداب

وفي الثدى الدية ، وفي حلمة الثدى الدية ، فإذا قطع الثدى والحلمة معاً ففيهما دية واحدة لأن العضو واحد ، فإذا قطعت الحلمة وحدها ففيها الدية ، وإذا قطع الثدى بعد ذلك ففيه حكومة لأن ديته دخلت في دية الحلمتين

وفي الذكر الدية ، وفي الحشفة الدية ، فإذا قطع الذكر كله ففيه دية واحدة. وإذا قطعت الحشفة وحدها فلا دية للباقي ، لأن ديته تدخل في دية الحشفة .

وفي الأنملة ثلث دية الأصبع إلا الإبهام فنصفه ، وفي الظفر خمس دية الأصبع عند أحمد ، فلو قطعت الأنملة مع الظفر فأرش الأنملة هو الواجب ، لأن أرش الظفر دخل في أرش الأنملة .

تداخل ديات المعاني — لا تتداخل دية معنى في معنى آخر ولو كان محلهما واحداً فلكل معنى مستقل له دية مستقلة لاتدخل في معنى غيره ، وإنما تتداخل ديات المعاني في ديات محالها من الأطراف ، فإذا كان الطرف محلا لمعنى فزال المعنى وحده وبقى الطرف وجبت الدية في المعنى ، وإذا زال الطرف مع المعنى دخلت دية المعنى في دية الطرف ووجبت دية واحدة — فالعين محل الإبصار فإذا فقئت العين فزال الإبصار وجبت دية واحدة لزوال الطرف وهو العين ومعناه وهو الإبصار وإذا بقيت العين قائمة وزال الإبصار وجبت دية واحدة للمعنى

تداخل أروش الجراح والشجاج . — لا تدخل أروش الجراح والشجاج بعضها في بعض إلا إذا اتصل بعضها ببعض قبل الاندمال بفعل الجاني أو بالسراية فمن أوضح آخر موضحتين أو أجافه جائفتين بينهما حاجز ثم خرق الحاجز أو ذهب الحاجز بالسراية فعليه أرش موضحة واحدة وجائفة واحدة ، فإذا زال الحاجز بفعل غير الجاني وغير السراية فعليه أرش موضحتين وجائفتين

تداخل ما دون النفس في النفس : ــ وهناك بعد ذلك تداخل أعم ، وهو تداخل ديات ما دون النفس فى دية النفس ولكن لا تدخل دية ما دون النفس فى النفس إلا إذا كانت الأفعال كلها من نوع واحد كأن كانت كلها عمداً أو خطأ أو شبه عمد وكانت الجناية على النفس قبل برء الجنايات على مادون النفس؛ فإذا توفر هذان الشرطان دخل مادون النفس فى النفس ووجبت دية واحدة فقط أما إذا برىء بعض مادون النفس قبل الجناية على النفس فلا يدخل فى النفس إلا مالم يندمل . وتجب ديات ما برىء قبل الجناية على النفس ، ودية النفس، والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة أن ما برىء قبل النفس استقر حكمه وثبت فى ذمة الجانى فإن قتل عمداً والجنايات على الأطراف خطأ وجبت ديات الأطراف ودية النفس وكذلك لو كان القتل خطأ والجنايات الأخرى عمداً ولو كان الجانى واحداً وهذا هو الرأى الراجح (١)

العقوبة البدلية الثانية

« التعزير »

٣٩٢ ــ تكلمنا عن التعزير كعقوبة بدلية للقصاص فى حالة الجناية على النفس وماقلناه هناك ينطبق هنا مع مراجعة ما كتبناه عن التعزير كعقوبة أصلية

عقوبة الجناية على ما دون النفس خطأ

٣٩٣ ــ عقوبة الجناية على ما دون النفس خطأ هى الدية أو الأرش وهى العقوبة الأصلية الوحيدة وليس ثمة من عقوبة بدلية لازمة للدية ، ولكن إذا شاءت الهيئة التشريعية أن تجعل لهذه الجناية عقوبة تعزيرية أصلية أو بدلية فليس فى نصوص الشريعة مايمنع هذا وإذا كان مالك يوجب التعزير فى العمد ولا يوجبه

(١) بدائع الصنائع ص ٣٠٣ ــ نهاية المحتاج ص ٣٢٤ ــ مغنى ج ٩ ص ٣٨٦ ، ٣٩٦

فى الخطأ وليس معنى ذلك أنه يمنع من التعزير فى الخطأ وإنما معناه أنه رأى عقوبة التعزير واجبة فى العمد للردع ولم يرها لازمة فى حالة الخطأ .

والدية يقصد منها الدية الكاملة ، والأرش يقصد به ما هو أقل من الدية ، والأرش مقدر وغير مقدر ، وقد تكلمنا عن هذه المعانى جميعها بمناسبة الكلام على الدية فى العمد ، ولا فرق بين ما قيل هناك وما يمكن أن يقال هنا

٣٩٤ - ومقادير الدية وما تجب فيه كاملة وناقصة وما تجب فيه الحكومة كل ذلك قد تكلمنا عنه بمناسبة الكلام عن الجناية على مادون النفس عمداً ، والواقع أنه لا فرق بين عقوبة الدية فى العمد والخطأ من حيث الوجوب وما تجب فيه ، والأجناس التى تجب فيها الدية ، وغير ذلك من المواضع التى تكلمنا فيها بمناسبة الكلام عن الدية ونستطيع أن نحصر الفرق بين الديات فى الخطأ وبينها فى العمد فيما يأتى .

١ - من يحمل الدية ؟ : يحملها فى العمد الجانى كما ذكرنا إلا ما استثناه مالك ، ويحملها فى الخطأ باتفاق العاقلة ، ويرى الشافعى وأحمد أن الجانى لا يحمل مع العاقلة شيئاً ، ويرى أبو حنيفة ومالك أنه يحمل معها ، والمقدار الذى تحمله العاقلة يختلف بحسب آراء الفقهاء لما ذكرنا فى القتل الخطأ

٢ - أوصاف الإبل - الدية فى الخطأ تجب مخمسة باتفاق الفقهاء

٣ - التغليظ فى الخطأ - يرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد كما يرى الشافعى التغليظ فيما دون النفس ولكن الظاهر[1] أن المذهب هو عدم التغليظ ، ولا يرى أحد من الأئمة الآخرين التغليظ فى الخطأ فيما دون النفس

٤ - تأجيل الدية - تجب دية الخطأ مؤجلة فى ثلاث سنين إذا كانت كاملة

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٠٠ - الإقناع ج ٤ ص ٢١٥ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣١٠

الفصل الثالث

الجناية على ماهو نفس من وجه دون وجه

أى الجناية على الجنين أو الإجهاض

٣٩٥ ـ يعبر الحنفية عن هذه الجناية بالجناية على ماهو نفس من وجه دون وجه ، لأن الجنين يعتبر نفساً من وجه ، ولا يعتبر كذلك من وجه آخر فيعتبر نفساً من وجه لأنه آدمى ، ولا يعتبر كذلك لأنه لم ينفصل عن أمه ، ويعللون ذلك بأن الجنين مادام مجتناً فى بطن أمه فليس له ذمة صالحة أو كاملة ولا يعتبر أهلا لوجوب الحق عليه لكونه فى حكم جزء من الأم ، لكنه لما كان منفرداً بالحياة فهو نفس وله ذمة وباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من إرث ونسب ووصية الخ[1] .

ولذلك اعتبر نفساً من وجه إذا نظرنا إلى أنه أهل لوجوب الحق له ، ولم يعتبر كذلك من وجه آخر إذا نظرنا إلى أنه ليس أهلا لوجوب الحق عليه وصار نفساً من كل وجه ، فإذا انقلب على مال إنسان فأتلفه ضمنه ، وإذا زوجه وليه لزمه مهر امرأته فى ماله .

٣٩٦ ـ ويعبر المالكية والشافعية والحنابلة عن هذه الجناية بالجناية على الجنين ولكن اختلاف الفقهاء فى التعبير عن الجناية ليس له أية أهمية لأن ما قصده هؤلاء من تعبيرهم هو مايقصده الآخرون بالذات ، ومحل الجناية عندهم جميعاً هو إجهاض الحامل والاعتداء على حياة الجنين أو هو كل ما يؤدى إلى انفصال الجنين عن أمه[2] .

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٨٩

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٨٩ ـ حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٧ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٣٢ ـ الاقناع ج ٤ ص ٢٠٩

٣٩٧ — مايجهض الحامل · تقع هذه الجناية كلما وجد مايوجب انفصال الجنين عن أمه ، وقد ينفصل الجنين حياً وقد ينفصل ميتاً ، وتعتبر الجناية تامة بحدوث الانفصال بغض النظر عن حياة الجنين أو موته ، وإن كان لكل حالة عقوبتها الخاصة ، إذ العقوبة في هذه الجناية تختلف باختلاف نتائج الفعل كما سنبين ذلك عند الكلام على العقوبة .

ولا يشترط في الفعل المكون للجناية أن يكون من نوع خاص ، فيصح أن يكون عملا ويصح أن يكون قولا ويصح أن يكون العمل ماديا ويصح أن يكون معنويا

ومن الأمثلة على العمل المادي الضرب والجرح والضغط على البطن ،وتناول دواء أو مواد تؤدي للاجهاض،وإدخال مواد غريبة في الرحم أو حمل حمل ثقيل(١)

٣٩٨ — ومن الأمثلة على الأقوال والأعمال المعنوية التهديد والافزاع والترويع كتخويف الحامل بالضرب أو القتل والصياح عليها فجأة وطلب ذي شوكة لها أو لغيرها أو دخول ذي شوكة عليها(٢) ومن الوقائع المشهورة في هذا الباب أن عمر رضي الله عنه بعث إلى امرأة كان يدخل عليها فقالت ياويلها مالها ولعمر ، فبينا هي في الطريق إذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولداً فصاح صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء ، إنما أنت وال ومؤدب ،وصمت علي فأقبل عليه عمر فقال . ماتقول يا أبا الحسن ؟ فقال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك إن ديته عليك لأن أفزعتها فألقته ، فقال عمر أقسمت عليك أن لاتبرح حتى تقسمها على قومك(٣)

(١) حاشية ابن عابدين ح ٥ ص ٥١٦ ، ٥١٩

(٢) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ح٥ ص ٣١ — حاشية ابن عابدين ح ٥ ص ٥١٦ ، ٥١٩ — نهاية المحتاج ح ٧ ص ٣٦ — المغني ح ٩ ص ٥٥٢ ، ٥٥٧ — الاقناع ح ٣ص٢٠٩

(٣) المغني ح ٩ ص ٥٧٩

ومن الأمثلة على الأفعال المعنوية تخويف المرأة أو صياحها ، فلو صاحت فأدى الصوم إلى الإجهاض كانت مسئولة عن الجناية ومثل ذلك شم ريح صار بالحامل[1]

ويرى بعض الفقهاء أن من يشتم امرأة شتما مؤلما يسأل جنائياً إذا أدى شتمه إلى إجهاض المرأة[2]

ويصح أن يقع الفعل المكون للجناية من الأب أو الأم أو من غيرهما وأيا كان الجانى فهو مسؤول عن جنايته ولا أثر لصفته على العقوبة المقررة للجريمة .

٣٩٩ - انفصال الجنين - ولا تعتبر الجناية على الجنين قائمة مالم ينفصل الجنين عن أمه ، فمن ضرب امرأة على بطنها أو أعطاها دواء فأزال ما ببطنها من انتفاخ أو أسكن حركة كانت تشعر بها فى بطنها لا يعتبر أنه جنى على الجنين لأن حكم الولد لا يثبت إلا بخروجه ولأن الحركة يجوز أن تكون لريح فى البطن سكنت ، فهناك شك فى وجود أو موت الجنين ، ولا يجب العقاب بالشك، وهذا هو رأى الفقهاء الأربعة وأساسه عدم اليقين من وجود الجنين أو موته[3]

ولكن الزهرى يرى أن على الجانى العقوبة لأن الظاهر أنه قتل الجنين .

والرأى الذى يجب العمل به اليوم بعد تقدم الوسائل الطبية أنه إذا أمكن طبياً القطع بوجود الجنين وموته بفعل الجانى فإن العقوبة تجب على الجانى ، وهذا الرأى لا يخالف فى شىء رأى الأئمة الأربعة لأنهم منعوا العقاب للشك ، فإذا زال الشك وأمكن القطع وجبت العقوبة ، ولا يكفى انفصال الجنين لمسؤولية الجانى بل يجب أن يثبت أن الانفصال جاء نتيجة لفعل الجانى ، وأن علاقة السببية قائمة بين فعل الجانى وانفصال الجنين

(١) نهاية المحتاج ح ٧ ص ٣٦٠ - شرح الزرقانى ح ٨ ص ٣١ .
(٢) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ح ٨ ص ٣١
(٣) المغنى ح ٩ ص ٥٣٨ - أسنى المطالب ح ٤ ص ٨٩ - شرح الزرقانى ح ٨ ص ٣٣ حاشية ابن عابدين ص ٥١٧

٤٠٠ ـ والجنين هو كل ما طرحته المرأة مما يعلم أنه ولد . ويرى مالك مسؤولية الجانى عن كل ما ألقته المرأة مما يعلم أنه حمل سواء كان تام الخلقة أو كان مضغة أو علقة أو دماً . ويرى أشهب من فقهاء المالكية أن لا مسؤولية عن طرح الدم ، وإنما المسؤولية عن طرح العلقة والمضغة ، بينما يرى ابن القاسم المالكى أيضاً مسؤولية الجانى عن الدم المجتمع الذى إذا صب عليه الماء الحار لايذوب، لا الدم المجتمع الذى إذا صب عليه الماء الحار يذوب لأن هذا لاشىء فيه[١]

٤٠١ ـ ويرى أبو حنيفة والشافعى مسؤولية الجانى عما تطرحه المرأة إذا استبان بعض خلقه ، وإذا ألقت مضغة لم يتبين فيها شىء من خلقه فشهد ثقات بأنه مبدأ خلق آدمى لو بقى لتصور ، فالجانى مسؤول أيضاً[٢]

٤٠٢ ـ ويرى الحنابلة مسؤولية الجانى إن أسقطت المرأة مافيه صورة آدمى ، فإن أسقطت ماليس فيه صورة آدمى فلا مسؤولية حيث لا دليل على أنه جنين ، وإذا ألقت مضغة فشهد ثقات أن فيه صورة خفية كان الجانى مسؤولا جنائياً . وإن شهدوا أنه مبدأ خلق آدمى لو بقى لتصور ففيه وجهان أصحهما لا مسؤولية عنه لأنه لم يتصور فهو فى حكم العلقة ولأن الأصل البراءة فلا مسؤولية بالشك ، والثانى يسأل لأنه مبتدأ خلق آدمى أشبه مالو تصور[٣]

والجنين قد ينفصل عن أمه حياً وقد ينفصل ميتاً والتفرقة بين الحالتين أهمية كبرى لأن العقوبة تختلف باختلاف الحالين

وتثبت الحياة للجنين بكل ما يدل على الحياة من الاستهلال أى الصياح والرضاع والتنفس والعطاس وغير ذلك ، ومجرد الحركة لا يعتبر دليلا قاطعا على الحياة لأن الحركة قد تكون من اختلاج الجسم إثر خروجه من ضيق فوجب أن تكون الحركة بحيث تقطع بحياة الجنين أو أن يكون هناك دليل آخر على الحياة[٤]

(١) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٨ ص ٣١ ـ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٨

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٩ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٢

(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٣٩

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٣٣ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ٨٩ ـ حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٣٧

٤٠٣ ـ ويشترط الحنابلة لاعتبار الجنين منفصلا حياً أن تكون الحياة مستقرة فيه ، فلا يكون فى حالة نزع أو فى الرمق الأخير ، وأن يكون سقوطه أو انفصاله لوقت يعيش لمثله أى أن يكون لستة أشهر فصاعدا ، فإن كان دون ذلك اعتبر أنه انفصل ميتا ، ولو انفصل والحياة فيه لأنها حياة لايتصور بقاؤها ، ولأن الجنين لا يعيش غالبا إذا انفصل لأقل من ستة أشهر وبهذا الرأى قال المزنى من أصحاب الشافعى[1]

٤٠٤ ـ ويعتبر المالكية والحنفية والشافعى الجنين منفصلا حيا عن أمه ولو انفصل لأقل من ستة أشهر مادام قد انفصل وفيه الحياة،ولا يعتبرونه منفصلا ميتا إلا إذا انفصل فاقد الحياة وإذا علمت حياته قبل تمام الانفصال كما لو خرج رأسه فصرخ مراراً ثم تم انفصاله ميتا فيعتبر أنه انفصل ميتا لاحيا لأن العبرة بحالة الجنين عند تمام الانفصال[2]

٤٠٥ ـ ويشترط مالك وأبو حنيفة لمسؤولية الجانى عن قتل الجنين أن يكون انفصال الجنين قد حدث فى حياة الأم ، فإن انفصل عنها بعد وفاتها فلا يسأل الجانى عن قتله إذا انفصل ميتا لأن موت الأم سبب ظاهر لموته إذ حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها فتحقق موته بموتها فضلا عن أنه يجرى مجرى أعضائها وموتها يسقط حكم أعضائها وعلى هذا فمن المشكوك فيه أن تكون وفاة الجنين نتيجة لفعل الجانى ولا ضمان ولا عقاب بالشك .

أما إذا انفصل الجنين حيا بعد موت الأم فالجانى مسؤول عن قتله وعليه ديته إذا مات بفعله ، فإن لم يمت فعليه التعزير، وإذا انفصل بعضه ميتا فى حياتها ثم انفصل كله بعد موتها فحكمه حكم انفصاله كله ميتا بعد موتها[3]

٤٠٦ ـ ويرى الشافعى وأحمد مسؤولية الجانى سواء انفصل الجنين بعد

(١) المغنى جـ ٩ ص ٥٥٠ ، ٥٥٢

(٢) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٦١

(٣) شرح الزرقانى وحاشيه الشيبانى جـ ٨ ص ٣٣ ـ حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ٥١٨

وفاة الأم أو فى حياتها ، وسواء انفصل حياً أو ميتاً لأن الجنين تلف بجناية الجانى وعلى ذلك بخروجه وجبت المسؤولية كما لو سقط فى حياتها ، ولأنه لو سقط حياً ضمنه ، فكذلك إذا سقط ميتاً ، وليس صحيحاً أن حكمه حكم أعضاء الأم لأنه لو كان كذلك لكان إذا سقط ميتاً ثم ماتت لم يضمنه كأعضائها ، وفضلا عن ذلك فهو آدمى موروث فلا يدخل فى ضمان أمه ، وكذلك الحكم لو انفصل بعضه من بطن أمه وخرج باقيه أو لم يخرج حيث تيقن وجود الجنين أولا وتيقن قتله ثانياً[1]

٤٠٧ — ونستطيع أن نقول بعد تقدم الوسائل الطبية أن الرأى الذى يجب العمل به هو مسؤولية الجانى إذا تبين بصفة قاطعة أن الانفصال ناشىء عن فعل الجانى سواء انفصل الجنين فى حياة أمه أو بعد وفاتها وسواء انفصل كله أو بعضه ، وهذا الرأى يتفق مع كل المذاهب لأن الذين ينفون المسؤولية يمنعونها للشك وعدم اليقين فإذا زال الشك بالوسائل الطبية الحديثة وجبت المسؤولية

٤٠٨ — قصد الجانى — مذهب مالك على أن الجناية على الجنين قد تكون عمدية وقد تكون خطأ ، فهى عمدية إذا تعمد الجانى الفعل ، وهى غير عمدية إذا أخطأ الجانى بالفعل ويتفق مذهب مالك مع الرأى المرجوح فى مذهب الشافعى[2]

٤٠٩ — والقائلون بأن الجناية عمدية يختلفون فى وجوب القصاص من الفاعل إذا انفصل الجنين حيا ثم مات بسبب الجناية ، فبعض المالكية يوجب القصاص والبعض يوجب الدية وأصحاب الرأى الراجح فى المذهب يوجبون القصاص إذا كان الفعل فى الغالب مؤديا لنتيجة كالضرب على الظهر والبطن ، ويوجبون الدية إذا لم يكن الفعل مؤديا لنتيجة غالباً كالضرب على اليد والرجل[3]

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٣٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٠

(٢) شرح الزرقانى وحاشية البنانى جـ ٨ ص ٣٣ — نهاية المحتهد جـ ٢ ص ٤٣٨ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٦٣

(٣) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى جـ ٨ ص ٣٣

٤١٠ — وأصحاب الرأى الراجح فى مذهب الشافعى يرون مع الحنفية والحنابلة أن الجناية على الجنين لا تكون عمداً محضاً وإنما هى شبه عمد أو خطأ. فهى شبه عمد إذا تعمد الجانى الفعل وهى خطأ إذا أخطأ به .

ولا تعتبر الجناية عمدية حال تعمد الفعل لأن العمد المحض بعيد التصور لتوقفه على العلم بوجود الجنين وحياته ، كما يتوقف على قصد قتله وهو بعيد التصور[1] .

ويحتج هذا الفريق لرأيه بما روى عن جابر بن عبد الله أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى الجنين غرة على عاقلة الضارب ، والعاقلة تحمل العمد ، فلو اعتبر الرسول العمد فى هذه الجناية لما جعل الغرة على العاقلة .

٤١١ — وتظهر أهمية التفرقة بين العمد وغير العمد فى حالة انفصال الجنين حيًا حيث يرى بعض القائلين بعمدية الجناية القصاص من الجانى بينما العقاب على غير العمد هو الدية ، أما فى حالة انفصال الجنين ميتاً فلا فرق بين العمد وغير العمد فى نوع العقوبة لأن العقوبة متفق عليها فى كل الأحوال وهى الغرة ، وإنما يظهر الفرق فى صفة العقوبة حيث تغلظ الغرة فى حالة العمد وشبه العمد ولا تغلظ فى حالة الخطأ[2] كذلك يظهر الفرق فى تحمل العقوبة حيث تكون فى مال الجانى وحده فى حالة العمد ، وتكون فى ماله أو مال العاقلة وحدها فى حالتى شبه العمد والخطأ على حسب التفصيل الذى ذكرناه عند الكلام على تحمل الديات[3] .

٤١٢ — العقوبة المقررة للجناية على الجنين — تختلف العقوبة المقررة للجناية على الجنين باختلاف نتائج فعل الجانى وهذه النتائج لا تخرج عن خمس

الأولى أن ينفصل الجنين عن أمه ميتا . الثانية : أن ينفصل الجنين عن أمه حيا ثم يموت بسبب الفعل . الثالثة أن ينفصل الجنين عن أمه حيا ثم يموت أو يعيش بسبب آخر غير الفعل . الرابعة أن لا ينفصل الجنين عن أمه

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٦١٩ — البحر الرائق ج ٨ ص ٣٨٩ ، ٣٩٠ المغنى ج ٩ ص ٥٤٤ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٣

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٤

(٣) راجع الفقرة

أو ينفصل بعد وفاتها الخامسة . أن يترتب على الفعل إيذاء الأم أو إصابتها بإصابات تشفى منها أو تؤدى لموتها . وسنتكلم عن هذه النتائج واحدة بعد أخرى والعقوبات المقررة لها .

٤١٣ — أولا انفصال الجنين عن أمه ميتا . إذا انفصل الجنين عن أمه ميتاً فعقوبة الجانى هى دية الجنين ، ودية الجنين غرة عبداً أو أمة قيمتها خمس من الإبل

والأصل فى الغرة ماروى عن عمر رضى الله عنه أنه استشار الناس فى أملاص المرأة فقال المغيرة بن شعبة شهدت النبى صلى الله عليه وسلم قضى فيه بغرة عبد أو أمة فقال لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمة ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى الرسول أن دية جنينها عبداً أو أمة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم[(1)]

والغرة فى اللغة الخيار وسمى العبد والأمة غرة لأنهما من أنفس الأموال ويشترط الفقهاء فى العبد أو الأمة شروطا خاصة لم نر داعيا لذكرها بعد أن أبطل الرق فى العالم ، وبعد أن أجمع الفقهاء على تقدير الغرة بخمس من الإبل

٤١٤ — وتجب الغرة فى الجنين الذكر وفى الجنين الأنثى ولا فرق فى قيمة ماتجب لكل منهما ويقدر الفقهاء دية الجنين الذكر بنصف عُشر الدية الكاملة ودية الجنين الأنثى بعشر دية الأم ، ولما كانت دية المرأة نصف دية الرجل فالنتيجة أن دية الجنين الأنثى تساوى نصف عشر الدية الكاملة[(2)]

وتجب الغرة فى حالتى العمد والخطأ معا ولا فرق بين الحالتين إلا أن دية الجنين تغلظ فى حالة العمد وتخفف فى حالة الخطأ[(3)] وإلا أنها حالة فى مال الجانى

(١) المغنى جـ ٩ ص ٥٣٥

(٢) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى جـ ٨ ص ٣٢ ــ حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٥١٧ أسنى المطالب جـ ٤ ص ٩٤ ــ المغنى جـ ٩ ص ٥٤١

(٣) أسنى المطالب جـ ٤ ص ٩٤

المتعمد لاتحمل العاقلة منها شيئاً ، أما في حالة الخطأ ويلحق بها شبه العمد فتحمل العاقلة الدية وحدها أو مع الجاني على حسب الآراء المختلفة التي فصلناها عند الكلام على الدية في القتل .

والغرة تورث على الجنين على فرائض الله وفي مذهب مالك رأي مرجوح بأنها للأم دون غيرها وهو مذهب الليث ، ومن المتفق عليه أن القاتل لايرث شيئاً من الغرة إذ لاميراث لقاتل[1] .

وتتعدد الغرة بتعدد الأجنة ، فلو ألقت الحامل جنينين ميتين فعلى الجاني غرتان وإذا ألقت ثلاثة فعليه ثلاثة وهكذا[2] .

وإذا ماتت الأم بعد وجوب الغرة فلا تدخل الغرة في دية الأم بل تجب الغرة للجنين والدية للأم[3]

٤١٥ – ثانياً انفصال الجنين عن أمه حياً وموته بسبب الفعل :

وإذا انفصل الجنين عن أمه حياً ومات بسبب فعل الجاني فالعقوبة القصاص عند من يراه من القائلين بوجود العمد أو هي الدية الكاملة عند غيرهم من القائلين بأن الفعل عمد أو القائلين بأنه شبه عمد وكذلك العقوبة الدية باتفاق في حال الخطأ ، والفرق بين دية العمد وشبه العمد والخطأ ليس في عدد الإبل ، وإنما في صفاتها أو هو الفرق بين التغليظ والتخفيف ، كما أن دية العمد تكون في مال الجاني وتكون حالة دائماً بينما دية شبه العمد والخطأ ليست حالة وتحملها العاقلة وحدها أو مع الجاني على حسب مختلف الآراء .

والدية الكاملة للجنين يختلف مقدارها باختلاف نوع الجنين ، فدية الذكر دية رجل ودية الأنثى دية امرأة أي نصف دية الرجل

(١) المغني جـ ٩ ص ٥٤٢ – أسنى المطالب جـ ٤ ص ٩٣ – حاشية ابن عابدين ص ٥١٨ الزرقاني جـ ٨ ص ٣٣ – بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٨

(٢) أسنى المطالب ص ٩٠ – المغني جـ ٩ ص ٥٤٣ – حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٥١٧ الزرقاني ص ٣٣

(٣) المراجع السابقة

وتتعدد الديات بتعدد الأجنة ، فلو ألقت المرأة جنينين ذكرين أو ثلاثة كان على الجانى ثلاث ديات كاملة

وإذا ماتت الأم بسبب الجناية فلاتدخل دية الجنين فى ديتها ولاتدخل ديتها فى ديات الأجنة ولو تعددت

٤١٦ — ثالثا . انفصال الجنين حياً ولم يمت . إذا انفصل الجنين حياًوعاش أو مات بسبب آخر غير الجناية كأن قتله آخر أو امتنعت الأم عن إرضاعه حتى مات فعقوبة الجناية على الجنين هى التعزير لاغير لأن موت الجنين حدث بسبب غير فعله ، أما العقوبة على قتل الجنين بعد انفصاله فهى عقوبة القتل العادى لأن الجريمة ليست إلا إزهاق روح إنسان حى

والعقوبة التعزيرية التى توقع على الجانى يقدرها القاضى و يعينها من بين مجموعة العقوبات التعزيرية ما لم يكن ولى الأمر قد عين هذه العقوبة وقدرها

٤١٧ — رابعا انفصال الجنين بعد وفاة الأم أو عدم انفصاله

إذا لم يترتب على الجناية انفصال الجنين أو ماتت الأم قبل انفصاله أو انفصل عنها بعد وفاتها فالعقوبة على الجناية فى هذه الحالات جميعاً هى التعزير مادام لم يقم دليل قاطع على أن الجناية أدت لموت الجنين أو انفصاله وأن موت الأم لادخل له فى ذلك[1]

٤١٨ — خامسا أنه يترتب على الجناية إيذاء الأم أو جرحها أوموتها

إذا ترتب على الجناية إيذاء الأم أو جرحها أو قطع طرف من أطرافها أوموتها فعلى الجانى عقوبة هذه الأفعال بغض النظر عن العقوبات المقررة للجناية على الجنين لأن العقوبات الأخيرة خاصة بالجنين وليست خاصة بما يصيب أمه ، فإذا أعطى رجل امرأة دواء بقصد إجهاضها فماتت بعد أن انفصل ولدها ميتا فعليه دية المرأة باعتبار أنه قتلها قتلا شبه عمد وعليه غرة دية الجنين،وإذا ماتت بسبب الفعل بعد انفصال ولدها حيا فعلى الجانى ديتان — دية المرأة ودية الجنين

(١) راجع ما كتبناه عن انفصال الجنين

وإذا ضرب شخص امرأة بالسيف فقد طعنها قاصداً قتلها فأسقط جنينين أحدهما أصابه السيف فنزل ميتاً والثانى نزل حياً ثم مات وماتت المرأة فعلى الجانى القصاص فى قتل المرأة وعليه دية كاملة للجنين الذى نزل حياً وغرة للجنين الذى نزل ميتاً

وإذا ضربها فقطع ذراعها فألقت ولدها ميتاً فعليه القصاص فيما فعل بالمرأة وعليه غرة دية الجنين

وإذا ضربها ضرباً لم يترك أثراً أو أجهضت جنيناً انفصل عنها ميتاً فعليه التعزير فى ضرب المرأة وعليه غرة دية الجنين

٤١٩ — الكفارة — وهناك عقوبة أخرى للجناية على الجنين هى عقوبة الكفارة[1] ويعاقب الجانى بها كلما ألقت الأم جنينها سواء ألقته حياً أو ميتاً وسواء كان الجانى هو الأم أو أجنبى عنها ، وإن ألقت الأم أجنة ففى كل جنين كفارة وهذا هو رأى الشافعى وأحمد[2] .

وإذا اشترك جماعة فى الجناية فألقت المرأة جنيناً فديته عليهم بالحصص وعلى كل منهم كفارة

ويجعل مالك الكفارة مندوباً إليها فى الجناية على الجنين وليست واجبة[3] .
أما أبوحنيفة فيفرق بين انفصال الجنين ميتاً وانفصاله حياً ويوجب الكفارة فى الحالة الثانية دون الأولى[4]

(١) راجع ما كتب عن الكفارة فهو متمم لما قال هنا
(٢) أسنى المطالب جـ ٤ ص ٩٥ — المغنى ج ٩ ص ٥٥٦ وما بعدها
(٣) شرح الزرقانى وحاشيه الشيبانى ج ٨ ص ٤٩
(٤) حاشيه ابن عابدين جـ ٥ ص ٥١٨ ، ٥١٩

إثبات الجناية على النفس وعلى ما دونها وعلى الجنين

٤٢٠ ـ اختلف الفقهاء فى تحديد الأدلة التى تثبت عن طريقها الجناية على النفس وعلى ما دونها وعلى الجنين ، فرأى جمهور الفقهاء أن هذه الجنايات لا تثبت إلا عن طرق ثلاث هى (١) الإقرار . (٢) الشهادة (٣) القسامة . . ورأى بعض الفقهاء أنها تثبت أيضاً عن طريق قرائن الأحوال ، وعلى هذا تكون طرق إثبات هذه الجنايات أربع طرق هى :

(١) الإقرار (٢) الشهادة (٣) القسامة (٤) قرائن الأحوال ـ وسنتكلم عن هذه الطرق واحدة بعد أخرى

الإقرار

٤٢١ ـ الإقرار لغة هو الإثبات من قر الشىء ، يقر قراراً إذا ثبت وشرعاً الإخبار عن حق أو الاعتراف به ، والأصل فى الإقرار الكتاب، والسنة، والإجماع فأما الكتاب فقوله تعالى ﴿ وإذ أخذ الله ميثاق النبيين ـ إلى قوله ـ قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصرى ، قالوا . أقررنا ﴾ وقوله ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم ﴾ وفسرت شهادة المرء على نفسه بالإقرار ، وقوله تعالى ﴿ وليملل الذى عليه الحق ـ إلى قوله ـ فليملل وليه بالعدل ﴾ أى فليقر بالحق وقوله تعالى ﴿ وآخرون اعترفوا بذنوبهم ﴾ وقوله ﴿ ألست بربكم قالوا بلى ﴾ إلى آيات أخرى

وأما السنة فما روى أن ماعزاً أقر بالزنى فرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الغامدية ، وفى قصة العسيف قال الرسول « أغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها »

وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على صحة الإقرار لأنه إخبار ينفى التهمة والريبة عن المقر ولأن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهـــذا كان الإقرار آكد من الشهادة وكان حجة فى حق المقر يوجب عليه الحد والقصاص والتعزير كما يوجب عليه الحقوق المالية

٤٢٢ – والإقرار على قوته حجة قاصرة على نفس المقر لا تتعداه إلى غيره كما يرى جمهور الفقهاء فإذا اعترف بكر بأنه قتل زيداً وأن علياً شاركه في ارتكاب جريمة القتل ، فإن هذا الاعتراف يكون حجة قاصرة على بكر فقط ما دام على ينكره ، فإذا سلم به على فإنه يؤاخذ لا باعتراف بكر وإنما باعترافه هو ، وعلى هذا جرت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روى أبو داود عن سهل بن سعد أن رجلا جاء الرسول فأقر عنده أنه زنى بامرأة سماها له فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت أن تكون زنت فجلده الحد وتركها[1] ولكن الإقرار يمكن أن يتعدى إلى غير المقر عند من يرون الإثبات بقرائن الأحوال ، إذا أمكن اعتبار إقرار المقر قرينة على غير المقر

٤٢٣ – ويشترط في الإقرار المثبت للجناية أن يكون مبيناً مفصلا قاطعاً في ارتكاب الجاني الجناية ، أما الاعتراف المجمل الذي يمكن أن يفسر على أكثر من وجه فلا تثبت به الجناية ، فمن أقر مثلا بقتل شخص لا يمكن اعتباره مسؤولاً جنائياً إذا فصل اعترافه عن كيفية القتل وأداته ، فقد يكون المعترف طلب من القتيل أن يؤدي عملا أو يذهب إلى مكان معين فقتل فيه ، فاعتقد أنه تسبب في قتله واعترف بالقتل على هذا الأساس ، ويجب أن يبين إن كان القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ لأن لكل نوع من أنواع القتل أركاناً وعقوبات خاصة ، ويجب أن يبين ظروف القتل وسببه فقد يكون القتل وقع استعمالا لحق أو أداء لواجب ولا مسؤولية في مثل هذه الحالة ، فالإقرار الذي يؤخذ به الجاني هو الإقرار المفصل المثبت لارتكاب الجريمة ثبوتاً لاشك فيه

٤٢٤ – والأصل في الاستفصال والتبين هو سنة الرسول صلى الله عليه وسلم فقد جاءه ماعز يعترف بالزنا ويكرر اعترافه فسأل صلى الله عليه وسلم هل بجنون أو هو

(١) فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ – المغنى ج ١٠ ص ١٦١

شارب خمر وأمر من يشم رائحته وجعل يستفسر عن الزنا فقال له « لعلك قبلت أو غمزت » وفي رواية « هل ضاجعتها ؟ قال نعم قال فهل باشرتها ؟ قال نعم . قال هل جامعتها ؟ قال نعم » .

وفي حديث ابن عباس « أنكتها » ؟ قال . نعم ، قال : دخل ذلك منك في ذلك منها ؟ قال نعم قال كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر ؟ قال نعم قال تدرى ما الزنا ؟ قال نعم ، أتيت منها حراما ما يأتي الرجل من امرأته حلالا قال فما تريد بهذا القول ؟ قال : تطهرنى فأمر به فرجم فدل جميع ذلك على أنه يجب الاستفصال والتبين[1] .

ويشترط بعد تفصيل الإقرار أن يكون الإقرار صحيحاً ، ولا يكون كذلك إلا إذا صدر من عاقل مختار

٤٢٥ - إقرار زائل العقل : - إذا أقر بجريمة من فقد عقله لأى سبب كشرب دواء أو شرب مسكر أو نوم أو إغماء أو جنون فإن إقراره لا يعتبر إقراراً صحيحاً ولا يؤاخذ به ولكن لو أعاد المقر إقراره بعد زوال حالة الإغماء أو النوم وبعد زوال أثر السكر أو أثر الدواء وبعد زوال الجنون فإنه يؤاخذ بإقراره الجديد لأنه صدر صحيحاً[2]

ويتفق أبو حنيفة والشافعي مع مالك وأحمد فيما سبق إلا في شرب الدواء والمسكر ، فيرى أبو حنيفة أن إقرار السكران بطريق محظور هو إقرار صحيح ، وأن السكران يؤخذ بإقراره إذا أقر وهو سكران إلا في الحدود الخالصة حقاً لله، والقتل ليس منها وكذلك الجناية على مادون النفس وعلى الجنين[3] لأن عقوبتها القصاص أو الدية وهي من حقوق الأفراد أما إذا كان السكر

(١) سبل السلام ج ٤ ص ٧ ، ٨
(٢) المغنى ج ٥ ص ٢٧١ وما بعدها وج ١ ص ١٧ ، ١٧١ مواهب الجليل ٤ ص ٤٣
(٣) حاشية الطحطاوى ج ٣ ص ٣٢٨ ، ٣٤٦ - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٦٢١

طريق غير محظور فلا يؤخذ السكران بإقراره فى كل الأحوال إلا إذا أعاد الإقرار بعد زوال سكره

ويرى الشافعى أن من شرب دواء مزيلا للعقل بغير حاجة ومن شرب مسكراً عالما بأنه مسكر يؤخذ بإقراره فى كل الأحوال ، لأنه شرب مايعلم أنه يزيل عقله فوجب أن يتحمل نتيجة عمله تغليظا عليه ليرجر[1] فإذا دعت الحاجة لشرب الدواء المزيل للعقل أو شرب المسكر وهو يعلم أنه مسكر ، فإنه لايؤخذ بإقراره إلا إذا أقر ثانية بعد زوال سكره .

٤٣٦ - ومن المتفق عليه أن السكر لا يشترط فيه أن يكون خمراً ، فيصح أن يكون أى مادة مسكرة أو مخدرة مادامت تؤدى إلى غيبة العقل ولهذا يعرف الفقهاء السكر بأنه غيبة العقل من تناول الخمر أو مايشبه الخمر

ويعتبر الإنسان سكرانا إذا فقد عقله فلم يعد يعقل قليلا ولا كثيراً ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة ، وهذا هو رأى أبى حنيفة[2] ويرى محمد وأبو يوسف أن السكران هو الذى يغلب على كلامه الهذيان وحجتهما قوله تعالى﴿يا أيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون﴾[3] فمن لم يعلم مايقول فهو سكران وهذا الرأى يتفق مع الرأى الراجح فى كل من المذهب المالكى والشافعى والحنبلى[4]

٤٣٧ - إقرار المكره . - قبل أن نعرف حكم إقرار المكره ينبغى أن نعرف شيئا عن الإكراه

تعريف الإكراه : نعرف الإكراه بأنه فعل يفعله الإنسان بغيره

(١) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى حـ ٣ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤
(٢) بدائع الصنائع حـ ٥ ص ١١٨
(٣) سورة النساء آية ٤٣
(٤) المغنى حـ ١٠ ص ٣٣٥ أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى حـ ٣ ص ٢٨٤

فيزول رضاه أو يفسد اختياره[1] ويعرف بأنه مايفعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه[2]

ويرى البعض أن حد الإكراه هو أن يهدد المكره قادر على الإكراه بعاجل من أنواع العقاب يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه وغلبت على ظنه أنه يفعل به ما هدد به إذ امتنع مما أكرهه عليه[3].

والاكراه في الشريعة على نوعين: نوع يعدم الرضاء ويفسد الاختيار وهو ماخيف فيه تلف النفس، ويسمى إكراهاً تاماً أو إكراهاً ملجئاً، ونوع يعدم الرضا أو يفسده ولكنه لايؤثر على الاختيار، وهو مالايخاف فيه التلف عادة كالحبس والقيد والضرب الذى لايخشى منه التلف ويسمى إكراهاً ناقصاً أو إكراهاً غير ملجىء[4]

والإكراه التام يؤثر فيما يقتضى الرضاء والاختيار معاً كارتكاب الجرائم، فمن أكره على جريمة قتل مثلا يعنى أن يكون الإكراه الواقع عليه بحيث يعدم رضاه ويفسد اختياره أما الإكراه الناقص فلا يؤثر إلا على التصرفات التى تحتاج إلى الرضا كالإقرار والبيع والإجارة وما أشبه.

٤٢٨ — ويرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد - ورأيهم مرجوح - أن الإكراه مقتضى شيئاً من العذاب مثل الضرب والخنق وعصر الساق وما أشبه وأن التوعد بالعذاب لايكون كرهاً ويستدلون على ذلك بقصة عمار بن ياسر حين أخذه الكفار فأرادوه على الشرك فأبى عليهم فما غطوه فى الماء حتى كادت روحه تزهق أجابهم إلى ماطلبوا فانتهى إليه النبى صلى الله عليه وسلم وهو يبكى فجعل يمسح الدموع من عينيه ويقول « أخذك المشركون فغطوك فى الماء وأمروك

(١) البحر الرائق حـ ٨ ص٧٩
(٢) مواهب الجليل حـ ٤ ص ٤٥
(٣) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى حـ ٣ ص ٢٨٢
(٤) البحر الرائق حـ ٨ ص ٨٠

أن تشرك بالله فعلت فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم » ويستدلون بما قاله عمر رضى الله عنه ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجعته أو ضربته أو أوثقته فهؤلاء يرون أن الإكراه يستلزم فعلا مادياً يقع على المكره فيحمله على إتيان ما أكره عليه ، فإن لم يكن الإكراه مادياً وسابقاً على العمل الذى يأتيه المكره فلا يعتبر الفاعل مكرهاً فى رأيهم[1] .

٤٢٩ — ويرى أصحاب الرأى الراجح فى مذهب أحمد مايراه مالك وأبو حنيفة والشافعى من أن الوعيد بمفرده إكراه ، وأن الإكراه لايكون غالباً إلا بالوعيد بالتعذيب أو بالقتل أو بالضرب أو غير ذلك ، أما ما مضى من العقوبة فإنه لايندفع بفعل ما أكره عليه ، ولايخشى منه شيئا بعد وقوعه ، إنما الخشية والخوف مما يهدد به ، فإذا وقع العمل المهدد به انتهت الخشية وذهب الخوف ، فالذى يندفع إذن بإتيان العمل المكره عليه هو ماتوعد به من العقوبة أو التعذيب لا ماوقع منها فعلا[2]

وعلى هذا فالإكراه يصح أن يكون ماديا ويصح أن يكون معنويا ، والإكراه المادى هو ما كان التهديد والوعيد فيه واقعا — أما الإكراه المعنوى فهو ما كان الوعيد والتهديد فيه منتظر الوقوع .

شروط الإكراه — يشترط لوجود الإكراه توفر الشروط الآتية ، فإن لم تتوفر فلا يعتبر الإكراه قائما ولا يعتبر المقر مكرها

٤٣٠ — أولا . — أن يكون الوعيد مما يستضر به بحيث يعدم الرضاء أو يفسده كالضرب والحبس والقيد والتجويع ، فإذا لم يكن لتنفيذ الوعيد أثر على الرضاء انتفى وجود الإكراه ، وتقدير الوعيد الذى يستضر به مسألة موضوعية تختلف باختلاف الأشخاص والأسباب المكره عليها ، فقد يكون الشىء إكراهاً

(١) المغنى ج ٨ ص ٢٦٠ — الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٤٣

(٢) المغنى ج ٨ ص ٢٦١ — البحر الرائق ج ٨ ص ٨ — أسنى المطالب ص ٢٨٢ ، ٢٨٣ — مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٥ ، ٤٦

فى حق شخص دون آخر وفى سبب دون آخر ، فبعض الأشخاص قد لا يتضرر من الضرب عدة أسواط ، والبعض قد يتضرر من ضربة سوط واحد ، بل قد يتضرر من صفعة أوفرك أذن ، والبعض قد يرهب عكثه فى السجن أمداً طويلا والبعض قد يضره ضرراً مثاؤه فى السجن ليلة واحدة .

و يعتبر الوعيد إكراهاً إذا وجه لنفس المكره ، وهذا متفق عليه ، فإذا وجه لغيره فهناك اختلاف فيرى المالكية أن الوعيد إكراه ولو وقع على أجنبى[1]

ويرى بعض الحنيفة أن الوعيد ليس إكراهاً إذا وقع على غير المكره، ولكن بعضهم يرى أنه إكراه إذا وقع على الولد أو الوالد أو على ذى رحم محرم وهذا يتفق مع رأى الشافعية[2] ويرى الحنابلة أن الوعيد إكراه إذا وقع على الابن أو الأب[3]

وليس من الضرورى أن يكون الإكراه بالوعيد بالإيذاء المادى ، بل يكفى لوجود الإكراه الوعيد بالمنع من استعمال الحقوق ، فمن يمنع زوجته من زيارة أهلها إلا إذا أقرت بجريمة ، ومن يمنع ابنته من الزفاف أو الذهاب إلى دار الزوجية إلا إذا اعترفت بجريمة ، فإنه يحملها على الإقرار كرها[4]

كذلك من يمنع عن آخر طعامه أو شرابه حتى يقر بجريمة فإنه يعتبر مكرها فى إقراره وأمر صاحب السلطان يعتبر فى ذاته إكراها دون حاجة إلى اقترانه بالوعيد أو التهديد ، وأمر غيره أكراها إلا إذا كان المأمور يعلم أنه إن لم يطع وقعت عليه وسائل الإكراه[5]

وأمر الزوج لزوجته فى حكم أمر السلطان إن كانت تخشى الأذى إذا لم

(١) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٤٥

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١١٠ ــ أسنى المطالب جـ ٣ وحاشية الشهاب ص ٢٨٣

(٣) الإقناع جـ ٤ ص ٤

(٤) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١١٢

(٥) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١١٢

تطعه فإن أطاعته وهى لا تخشى أذى إذا لم تطعه فلا يعتبر الأمر إكراها[١].

والوعيد بإتلاف المال إكراه عند مالك والشافعى وأحمد إذا لم يكن المال يسيراً، فإن كان المال يسيراً فلا إكراه. وتقدير ما إذا كان المال يسيراً أو غير يسير يرجع فيه إلى الشخص نفسه ومقدار ثروته، فقد يكون المال يسيرا بالنسبة لشخص وغير يسير بالنسبة لآخر[٢].

والأصل فى مذهب أبى حنيفة أن الوعيد بإتلاف المال ليس إكراها ولو كان إتلاف المال يلحق ضرراً حسيا بصاحبه، لأن محل الإكراه الأشخاص لا الأموال ولكن بعض فقهاء الحنفية يرون الوعيد بإتلاف المال إكراها، وأصحاب هذا الرأى يختلفون فيما بينهم، فيشترط بعضهم أن يكون الوعيد بإتلاف كل المال ليكون إكراها، والبعض لا يشترط إتلاف كل المال ويكتفى لاعتبار الإكراه قائما أن يكون الوعيد بإتلاف جزء من المال يستضر بإتلافه[٣].

ويجب أن يكون الوعيد بفعل محظور أى غير مشروع فإن كان الفعل المهدد به مشروعا فلا يعتبر الإكراه قائماً، فمن كان محكوماً عليه بالجلد أو الحبس فهدد بتنفيذ العقوبة عليه إن لم يرتكب جريمة قارتكبها فعليه عقوبتها ولا يعتبر أنه كان فى حالة إكراه لأن العمل الذى هدد به مشروع[٤].

٤٣١ - ثانيا: - أن يكون الوعيد بأمر حال يوشك أن يقع إن لم يستجب للمكره، فإن كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة إكراه لأن المكره لديه من الوقت ما يسمح له بحماية نفسه فيلجأ للسلطات العامة أو يهرب من المكره

---

(١) نفس المراجع السابقة ص ١٢٠

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٣ - الإقناع ج ٤ ص ٤

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٨٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٦ وما بعدها - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١١٠، ١٢١

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ - المغنى ج ٨ ص ٢٦٠.

ولأنه ليس في الوعيد غير الحال ما يحمله على المسارعة بتلبية طلب المكره ويرجع في تقدير ما إذا كان الوعيد حالا أو غير حال إلى ظروف المكره وإلى غلبة الظن المبني على أسباب معقولة ، ويعتبر الوعيد حالا كلما عجز المكره عن الهرب والمقاومة والاستعانة بغيره إلى غير ذلك من أنواع الدفع(١)

وإذا كان الوعيد بأمر آجل فإنه لا يعتبر إكراها كقوله لأضربنك غداً إن لم تقر بكذا أو تفعل كذا ولكن الأذرعي من فقهاء الشافعية يرى أن في النفس من هذه المسألة شيئاً وأنه إذا غلب على ظن المقر إيقاع ما هدد به لو لم يفعل فإنه يعتبر مكرها ولا سيما إذا عرف أن من عادة المهدد إيقاع ذلك الوعيد(٢)

٤٣٢ ـ ثالثا . أن يكون المكره قادراً على تحقيق وعيده لأن الإكراه لا يتحقق إلا بالقدرة فإن لم يكن المكره قادراً على فعل ما هدد به فلا إكراه ، ولا يشترط في المكره أن يكون ذا سلطان كحاكم أو موظف لأن العبرة بالقدرة على الفعل المهدد به لا بصفة المكره(٣)

٤٣٣ ـ رابعا : أن يغلب على ظن المكره أنه إذا لم يجب إلى ما دعي إليه تحقق ما أوعد به فإن كان يعتقد أن المكره غير جاد فيما أوعد به أو كان يستطيع أن يتفادى الوعيد بأي طريقة كانت ثم أتى الفعل بعد ذلك فإنه لا يعتبر مكرهاً ويجب أن يكون ظن المكره مبنياً على أسباب معقولة(٤)

٤٣٤ ـ حكم إقرار المكره وإذا توفر الإكراه على الوجه السابق وأقر المكره على نفسه بجريمة فإن إقراره يكون باطلا ولا يؤخذ به لقوله تعالى ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي

(١) أسنى المطالب جـ ٣ ص ٢٨٢ ـ المغني جـ ٨ ص ٢٦١ ـ حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١٠٩

(٢) أسنى المطالب جـ ٣ ص ٢٨٣ ـ وحاشية الشهاب الرملي

(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص١٠٩ ، المغني جـ ٨ ص ٢٦١ ـ أسنى المطالب جـ٣ ص٢٨٢

(٤) أسنى المطالب جـ ٣ ص ٢٨٢ ـ المغني جـ٨ ص٢٦١ ـ حاشية ابن عابدين جـ٥ ص١٠٩

الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » . ولأنه قول أكره عليه بغير حق ، والأصل أن العاقل لا يتهم بقصد الإضرار بنفسه ، فإذا أقر مختاراً قبل إقراره لانتفاء التهمة ولوجود الداعي إلى الصدق ، ولكن إذا أكره الشخص على الإقرار فأقر فإنه يغلب على الظن أنه قصد بإقراره دفع ضرر الإكراه فانتفى على الصدق فلم يقبل إقراره ، فإذا أقر بقتل أو قطع أو سرقة أو غير ذلك تحت تأثير الإكراه لم يجب عليه بإقراره عقاب[1] لاحتمال كذب الإقرار ، ومما يؤثر في هذا الباب قول عمر رضي الله عنه : « ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجعته أو ضربته أو أوثقته » أو على حسب ما يرويه البعض « ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعت أو خوفت أو أوثقت » ومما يؤثر عن شريح أنه كان يقول « القيد كره ، والسجن كره ، والوعيد والضرب كره »[2] ويؤثر عن ابن شهاب أنه قال في رجل اعترف بعد جلده ليس عليه حد[3]

وإذا أقر في حال الإكراه بغير ما أكره مثل أن يكره على الإقرار بجريمة ما فيقر بأخرى ، فإقراره فيما يتعلق بهذه الجريمة الأخرى صحيح لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء دون إكراه[4]

أما إقراره بالجريمة التي أكره على الإقرار بها فهو إقرار باطل لا يؤخذ به إلا أن يقر ثانية بالجريمة بعد إخلاء سبيله وهو مختار غير مكره فإنه يؤخذ بإقراره الجديد[5]

٤٣٥ ـ والإقرار الصادر تحت تأثير الإكراه باطل ولو قامت الدلائل على صحته كأن يرشد السارق عن المسروقات أو القاتل عن جثة القتيل ، فإذا

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ ـ البحر الرائق ج ٨ ص ٨٠ ـ المغني ج ١٠ ص ١٧٢ ـ ج ٥ ص ٢٧٢ ، ٢٧٣ ـ أسنى المطالب ج ٢ ص ٢٩٠ وما بعدها ـ مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٤ ، ٤٥

(٢) المبسوط للسرخسي ج ٩ ص ١٨٥ (٣) المغني ج ١٠ ص ١٧٢

(٤) المغني ج ٥ ص ٢٧٣ (٥) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ ـ بدائع الصنائع ج ص ١٨٩

استمر على إقراره بعد أن أصبح فى أمن من الإكراه ، اعتبر استمراره إقراراً جديداً وهذا متفق عليه إلا من القائلين فى مذهب مالك بصحة إقرار المكره ، وما يؤثر فى هذا الباب أن الحسن بن زياد الفقيه الحنفى قال بجواز ضرب السارق حتى يقر ، ضربا لا يقطع اللحم ولا يبين العظم ، وأفتى مرة بهذا ثم ندم وأتبع السائل إلى باب الأمير فوجده قد ضرب السارق حتى أقر بالمال المسروق وجاء به ومع ذلك فقد خرج الحسن بن زياد وهو يقول ما رأيت جوراً أشبه بالحق من هذا[1]

٤٣٦ — ويرى بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى أنه إذا ضرب ليقر فهذا إكراه أما إذا ضرب ليصدق فى القضية فأقر حال الضرب أو بعده فإقراره صحيح ولا يعتبر مكرها ، لأن المكره من أكره على شىء واحد ، وهو هنا إنما ضرب ليصدق ولا ينحصر الصدق فى الإقرار ، ولكن أصحاب هذا الرأى يكرهون مع هذا أن يلزم المقر بإقراره إلا بعد أن يراجع ويقر ثانيا من غير أن يضرب أو يهدد ويؤخذ على أصحاب هذا الرأى تمسكهم بالإقرار الثانى مع أن هذا الإقرار الثانى فيه نظر إذا غلبت على ظنه أنه إذا أنكر أعيد ضربه والرأى الراجح فى المذهب هو عدم قبول الإقرارين لأنهما صادران من مكره[2]

٤٣٧ — ومن ادعى الإكراه لا تقبل دعواه لمجرد ادعائه ، لأن الأصل عدم الإكراه إلا أن تكون هناك قرينة على صحة الادعاء ، كالقيد والحبس والقبض والوضع تحت الحراسة ، ففى مثل هذه الحالات تقبل دعوى الإكراه ولمن يدعيه أن يثبته ، ويستوى فى هذه الحال أن يكون القبض والحبس والقيد بحق أو بغير حق كحالة الحبس الاحتياطى ، وكحالة القبض بغير حق[3]

(١) المبسوط للسرخسى ج ٩ ص ١٨

(٢) أسنى المطالب ج ٢ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ (٣) أسنى المطالب ج ٢ ص ٢٩٩ المغنى ج ٥ ص ٢٧٣

وإذا أكره حاكم أو قاض شخصاً ليقر بجريمة عقوبتها القتل أو القطع كالقتل والسرقة فأقر بها وقتل أو قطعت يده اقتص ممن أكرهه(١).

٤٣٨ — رجوع المقر عن إقراره : وإذا كان الإقرار صادراً من غير إكراه، فعدل عنه المقر قبل منه الرجوع عن إقراره فيما كان حقاً لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطه، فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل منه الرجوع عن إقراره بها، وهذه القاعدة متفق عليها، فإذا أقر بزنا ثم عدل عن إقراره لم يؤخذ بإقراره لأن الزنا متعلق بحقوق الله تعالى التي تدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطها أما إذا أقر بقتل أو جرح أو قطع أو إسقاط جنين، فإنه يؤاخذ بإقراره ولو عدل عنه لأن الجنايات الواقعة على النفس وما دونها وعلى الجنين كلها متعلقة بحقوق الآدميين ولو أن بعضها يعاقب عليه بالقصاص، ولو أن القصاص مما يحتاط فيه ويدرأ بالشبهات(٢). لكن إذا ثبت أن الإقرار مكذوب فلا يؤاخذ المقر بإقراره سواء عدل عنه أو لم يعدل، وسواء كان متعلقاً بحقوق الله تعالى أو بحقوق الآدميين.

وعدول المقر عن إقراره لا أثر له أياً كان نوع الجريمة التي أقر بها مادامت الجريمة ثابتة قبل المقر بغير الإقرار كأن تكون ثابتة بشهادة الشهود.

الشهادة

٤٣٩ — الشهادة هي الطريق المعتاد لإثبات الجرائم، وأغلب الجرائم تثبت عن طريق الشهادة وأقلها يثبت بغير الشهادة من طرق الإثبات، ولهذا كان للشهادة كطريق من طرق الإثبات أهمية كبرى في إثبات الجرائم.

والأصل في الشهادة الكتاب والسنة فأما الكتاب فقوله تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٩، ١٩٠

(٢) شرح الزرقاني ج٨ ص ١٠٧ — بدائع الصنائع ج٧ص ٢٣٢، ٢٣٣ حاشية الطحطاوي ج ٣ ص ٣٤٦ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ — المغني ج ٢ ص ٢٨٨

الشهداء ﴾ وقوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ وقوله تعالى ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾ وأما السنة فما روى وائل بن حجر قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال الحضرمي : يارسول الله هذا غلبني على أرض لي فقال الكندي : هي أرضي وفي يدي، فليس له فيها حق فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي ألك بينة ؟ قال لا ، قال فلك يمينه[1] .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن ابن محيصة الأصغر أصبح قتيلا على أبواب خيبر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أقم شاهدين على من قتله أدفعه إليكم برمته[2] » ويفرق الفقهاء في إثبات القتل والجراح بين الجرائم التي توجب عقوبة بدنية كالقصاص أو الجلد والحبس أو غيرهما من العقوبات البدنية التعزيرية وبين الجرائم التي توجب عقوبة مالية كالدية والغرامة

٤٤٠ — الجرائم التي توجب عقوبة بدنية: العقوبة البدنية إما أن تكون القصاص وإما أن تكون عقوبة تعزيرية

إثبات الجرائم الموجبة للقصاص . يشترط الفقهاء في إثبات الجرائم الموجبة للقصاص بالشهادة أن يشهد بالجريمة رجلان عدلان ، ولا يقبل الفقهاء في إثبات هذا النوع من الجرائم شهادة رجل وامرأتين ولا شهادة شاهد ويمين المجني عليه وذلك لأن القصاص إراقة دم عقوبة على جناية فيحتاط له فرئه باشتراط الشاهدين العدلين كالحدود وهذا هو رأى جمهور الفقهاء[3]

ويرى الأوزاعي والزهري أن الجريمة التي توجب القصاص تثبت بما تثبت به الأموال فيكفي في إثباتها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ويؤيد الشوكاني هذا الرأي[4]

(١) المغني ح ١٢ ص ٢
(٢) نيل الأوطار ح ٦ ص ٣١٠
(٣) مواهب الجليل ح ٦ ص ٢٧٥ — حاشية الطهطاوي ح ٣ ص ٢٢ — أسنى المطالب ح ٤ ص ١٠٥ المغني ح ١٠ ص ٤١ (٤) نيل الأوطار ح ٦ ص ٣١١

٤٤١ — ومن يشترط الشاهدين فيما يوجب القصاص لا يفرق بين القصاص في النفس والقصاص فيما دون النفس ، ويوجب في إثبات الجريمة الموجبة للقصاص مطلقاً شهادة رجلين عدلين ، إلا مالكا فإنه لا يوجب شهادة العدلين إلا في القصاص في النفس فقط ، أما إذا كان القصاص فيما دون النفس فيجيز مالك إثبات الجريمة الموجبة للقصاص بشاهد واحد ويمين المجني عليه ، ولا يقيس مالك الجراح بالأموال وإنما هو مبدأ أخذ به لأنه استحسنه ، وقد سئل ابن القاسم في هذا فقيل له لم قال مالك ذلك في جراح العمد وليست بمال ؟ قال قد كلمت مالكا في ذلك فقال إنه شيء استحسناه ، وما سمعت فيه شيئا[1]

ويرى بعض الفقهاء في مذهب مالك جواز شهادة المرأتين ويمين المدعي في جراح العمد ، ولا يرى البعض ذلك[2].

والشاهدان اللذان تثبت بشهادتهما الجريمة الموجبة للقصاص ليس أحدهما المجني عليه فإذا كان شاهد واحد والمجني عليه لم يكمل نصاب الشهادة لأن المجني عليه يعتبر مدعياً لا شاهداً وأقواله تصلح لوثا أي قرينة ولكنها لا تقوم مقام الشهادة

أما في حالة إثبات الجريمة الموجبة للقصاص فيما دون النفس بشاهد ويمين المجني عليه تبعاً لرأي مالك فإن الجريمة تثبت بشهادة الشاهد الواحد ولا يعتبر المجني عليه شاهداً ثانياً ولو أنه يؤدي اليمين لأنه لا يسأل كشاهد وإنما يحلف اليمين على صحة شهادة الشاهد فاليمين مقصود بها تقوية شهادة الشاهد

وهناك من الفقهاء من لا يشترط نصاباً معينا في الشهود فيكفي عنده لإثبات الجريمة الموجبة للقصاص أن يشهد بها شاهد واحد إذا رجح القاضي صدق شهادته[3] والذين يشترطون شهادة رجلين في إثبات الجريمة الموجبة للقصاص

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٥ — شرح الزرقاني ص ٥٩
(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٤١
(٣) الطرق الحكمية ص ٦٦ — ٧٨ ، طرق الإثبات الشرعية ص ١٨٩

لايجيزون إثبات الجريمة بأقل من ذلك ولو عفى المجنى عليه أو وليه عن القصاص إلى الدية وهى مال ومايوجب المال يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، وبشهادة رجل ويمين المدعى على التفصيل الذى سنذكره فيما بعد ، وحجتهم أن الواجب بالجناية أصلا هو القصاص لا الدية وإنما وجبت الدية بالعفو أو الصلح والعفو والصلح كلاهما حق ثابت للمجنى عليه أو وليه أما طريقة الإثبات فليست من حقه بل هى حق الجماعة وهذا لايؤدى العفو أو الصلح فى العمد إلى جواز الإثبات بما يثبت به المال وفضلا عن ذلك فإنه يجب أن يثبت للمجنى عليه حق القصاص قبل كل شىء حتى يثبت له العفو أو الصلح عن هذا الحق[1] .

٤٤٢ — الجرائم التى توجب تعزيراً مرسا . — إذا أوجبت الجريمة التعزير البدنى مع القصاص فيشترط فى إثباتها مايشترط فى إثبات الجريمة الموجبة للقصاص وقد بينا مايشترطه الفقهاء على اختلاف وجهات نظرهم

أما إذا أوجبت الجريمة التعزير البدنى دون القصاص فيرى الشافعى وأحمد أن الجريمة لاتثبت إلا بما تثبت به الجريمة الموجبة للقصاص أى بشهادة رجلين عدلين لأن العقوبات البدنية خطيرة فيجب الاحتياط فيها بقدر الإمكان فلا تثبت بما تثبت به الأموال من شهادة رجل وامرأتين وشهادة رجل ويمين المجنى عليه[2]

٤٤٣ — الأصل عند مالك أن العقوبات البدنية لاتكون إلا بشهادة الرجلين ولكنه أجاز فى إثبات الجريمة الموجبة للقصاص فيما دون النفس أن تثبت بشهادة رجل واحد ويمين المجنى عليه وأوجب على الجانى فى الوقت نفسه عقوبة التعزير مع عقوبة القصاص[3]

ومعنى هذا أن عقوبة التعزير البدنية تثبت والجريمة الموجبة لها بشاهد ويمين المدعى ويمكن القول بأن القصاص أشد من التعزير فإذا ثبتت الجريمة الموجبة

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ٥ ١ — المغنى ج ١٠ ص٤٢
(٢) أسنى المطالب ج ٤ص ٣٦٠ — الإقناع ج ٤ ص ٤٤٥
(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧

القصاص بشاهد ويمين فأولى أن تثبت بذلك الجريمة الموجبة للتعزير ، كما يمكن القول بأنه إذا ثبتت الجريمة الموجبة للتعزير البدنى فى الجراح بشاهد ويمين فإن كل جريمة أخرى موجبة للتعزير البدنى يصح أن تثبت بشاهد ويمين قياساً على هذا ويرى بعض المالكية التعزير فى بعض الجرائم بشهادة شاهد واحد دون يمين[١]

٤٤٤ - والأصل فى مذهب أبى حنيفة أن العقوبات البدنية لاتثبت بأقل من شاهدين عدلين ولكنهم يجيزون فى التعزير أن يكون أحد الشاهدين هو المجنى عليه ويقبلون فيه شهادة رجل وامرأتين على خلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه بل يرون أنه يكفى للتعزير شهادة شاهد واحد عدل[٢] أو شهادة المدعى وحده مع نكول الجانى عن اليمين[٣] والنكول ليس إلا قرينة تقوى شهادة المجنى عليه الذى لايعتبر فى الأصل شاهداً تبعاً لقواعد الشريعة ، كذلك يجيزون إثبات جرائم التعزير بالشهادة على الشهادة بل يكتفون فى التعزير بعلم القاضى[٤]

٤٤٥ - إثبات الجرائم الموجبة لعقوبة مالية : تثبت الجرائم التى توجب عقوبة مالية كالدية أو الغرامة بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو شهادة رجل واحد ويمين المدعى وكل ماشرع فيه اليمين والشاهد يثبت بشهادة الشاهد ونكول المدعى عليه[٥] وهذا هو رأى الشافعى وأحمد وحجتهما أنها شهادة على مايقصد به المال والمال يثبت على هذا الوجه فوجب أن تقبل هذه الشهادة فى كل قتل أو جرح موجب للمال كما يقبل فى البيع والإجارة ولاتقاس الشهادة فى الجناية الموجبة للمال بالشهادة فى الجناية الموجبة للقصاص ، لأن القصاص عقوبة يحتاط لإسقاطها ، ودرئها فاحتيط فى الشهادة على أسبابها[٦] .

(١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٢٦٠ ، ٢٦١
(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٥٨ ، ٢٥٩
(٣) شرح فتح القدير جـ ٣ ص ٢١٣
(٤) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٥٨ ، ٢٦٠ .
(٥) المغنى جـ ١٢ ص ١٢
(٦) المغنى جـ ١٠ ص ٢٤ - أسنى المطالب ص ١٠٥ - الإقناع جـ ٤ ص ٢٤٦

ويرى بعض الحنابلة أن الجناية سواء أوجبت القصاص أو غير القصاص لاتثبت بشهادة رجل وامرأتين ولابشهادة رجل واحد ويمين المدعى وإنما تثبت بشهادة رجلين كما يثبت القصاص والحدود فلا معنى للتفرقة بين جنايتين من نوع تقعان على آدمى[1].

ويرى المالكيون أن الجرائم التى توجب عقوبة مالية تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو شهادة رجل واحد ويمين المدعى أو شهادة امرأتين ويمين المدعى[2].

٤٤٦ - ويختلف رأى الشافعى وأحمد عن رأى مالك فى أن مالكاً يجيز شهادة المرأتين واليمين ولايجيزها الشافعى وأحمد وحجة مالك أن المرأتين أقيمتا مقام الرجل فى الأموال فيقاما مقامه فيما يوجب المال من الجرائم وحجة الشافعى وأحمد أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربع نسوة . وأن شهادة المرأتين ضعيفة تقويت بشهادة الرجل معهما واليمين ضعيفة ، فلو شهد المرأتان مع اليمين لضم ضعيف إلى ضعيف[3]

٤٤٧ - ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن مايوجب المال يثبت بشهادة رجلين أو بشهادة رجل وامرأتين ولايثبت بشاهد ويمين ولابامرأتين ويمين[4] وحجتهم أن الله تعالى قال ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ فمن زاد على ذلك فقد زاد على النص والزيادة فى النص نسخ ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فحصر اليمين فى جانب المدعى عليه كما حصر البينة فى جانب المدعى ويرد على الحنفيين بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشاهد الواحد واليمين وأن الزيادة فى النص ليست نسخاً وإنما هى تعزيز له وأن الحكم بالشاهد واليمين لايمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه وأن الآية واردة فى شهادة التحمل لافى شهادة الأداء ولذا قال تعالى

(١) المغنى جـ ١ ص ٤٢ ـ المغنى جـ ١٢ ص ٩ (٢) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٢٤١.
(٣) المغنى جـ ١٢ ص ١٣ (٤) حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٥١٥ ، ٥١٦ حاشية الطحطاوى ج ٣ ص ٢٢١

﴿أن تضِلَّ إحداهما فتذكّر إحداهما الأخرى﴾ فالنزاع فى الأداء لا فى التحمل .

والحديث الذى يتمسك به الحنفية ضعيف وليس هو للحصر بدليل أن اليمين تشرع فى الحق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها وفى حق الأمناء لظهور خياناتهم وفى حق الملاعن وفى القسامة وغير ذلك[1]

ولقد شرعت اليمين من جانب المدعى عليه حيث لم يترجح جانب المدعى بشىء إلا بمجرد الادعاء ، ففى هذه الحالة يكون جانب المدعى عليه أولى باليمين لقوته بأصل براءة الذمة فكان هو أقوى المتداعيين باستصحاب هذا الأصل فإذا ترجح جانب المدعى بلوث أو نكول أو شهادة شاهد كان أولى باليمين لقوة جانبه بذلك فاليمين مشروعة إذن فى جانب أقوى المتداعيين[2]

ويلاحظ أن الجرائم التى توجب عقوبة تعزيرية مالية تثبت عند الحنفية بما تثبت به الجرائم التى توجب عقوبة تعزيرية بدنية فلا فرق فى إثبات الجرائم التعزيرية ولو تنوعت عقوباتها واختلفت

ويلاحظ أيضاً أن الحنفيين يتشددون فى إثبات الجرائم الموجبة للحدود والقصاص والعقوبات المالية غير التعزيرية بينما يتساهلون فى إثبات الجرائم الموجبة لعقوبة تعزيرية بل إنهم يتساهلون فى إثبات هذا النوع من الجرائم أكثر مما يتساهلون فى إثبات العقود المالية المحضة ولعل مرجع ذلك التساهل إلى أن الجرائم التعزيرية هى أكثر الجرائم وقوعاً والعقوبات التعزيرية هى أكثر العقوبات تطبيقاً فوجب التساهل فى إثبات هذه الجرائم حرصاً على مصلحة الجماعة وصيانة لنظامها

٤٤٨ - ويرى ابن القيم أن الجرائم الموجبة للعقوبات المالية تثبت بشهادة شاهد واحد دون يمين كلما وثق به القاضى[3]

ويجيز الفقهاء عامة شهادة الرجل الواحد أو المرأة الواحدة للضرورة ويقبلون مثل

(١) المغنى ج ١٢ ص ١٠ ، ١١ (٢) الطرق الحكمية ص ٦٦ - ٧٥
(٣) الطرق الحكمية ص ٦٦ ، ٨٨

هذه الشهادة فى إثبات بعض الجريمة كشهادة المعلم على الجرائم التى تقع بين الصبيان وكشهادة المرأة على جريمة وقعت فى حمام ويقبلون شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة كذلك فى إثبات أثر الجريمة ونتائجها كشهادة الطبيب أو القابلة على أن الضرب أحدث جرحاً داخلياً بالرحم وكشهادة الطبيب بأن الضرب أو الجرح نشأ عنه فقد منفعة عضو من الأعضاء

ويقبل الفقهاء شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة للضرورة سواء كانت الجريمة مما يوجب عقوبة بدنية كالقصاص أو عقوبة مالية كالدية[1]

٤٤٩ - ولا تثبت الجريمة بالشهادة إلا مع زوال الشبهة وانتفاء الشك فيجب أن تكون الشهادة مثبتة للجريمة بصفة قاطعة فإذا لم تكن كذلك بطلت الشهادة مالم يكن بعض الشهادة متيقناً ففى هذه الحالة يثبت القدر المتيقن فمن شهد بأنه رأى جماعة يضربون شخصاً قطع ذراعه أثناء الحادث ولم يشهد بمن قطع الذراع ، فلا يثبت قطع الذراع ضد أحدهم ولكن يثبت الضرب عليهم لأنه القدر المتيقن أى المقطوع به فى أقوال الشاهد. ومما يؤثر فى هذا الباب أن شريحاً شهد عنده رجل بالقتل فقال أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح فمات منه فأعاد الرجل قوله الأول فقال له شريح قم فلا شهادة لك[2]

القسامة

٤٥٠ - معنى القسامة - القسامة معناها لغة القسم أى اليمين وهى تعنى أيضاً الوسامة فيقال فلان قسيم أى وسيم ، وذهب أهل اللغة إلى أنها القوم الذين يحلفون سُمُّوا باسم المصدر كما يقال رجل رضى ورجل عدل

ومعنى القسامة فى اصطلاح الفقهاء الأيمان المكررة فى دعوى القتل ، تقسم

---

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٥٨ ، ٢٦٢ - حاشية الطحطاوى ج ٣ ص ٢٢١ ، ٢٣٥ أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٦ ، ٣٦٣ - المغنى ج ١ ص ١٥ ، ١٨

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٤٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٥ ١

بها أولياء القتيل لإثبات القتل على المتهم أو يقسم بها المتهم على نفي القتل عنه[1]

مصدر القسام الشرعي — كانت القسامة طريقاً من طرق الإثبات في الجاهلية فأقرها الإسلام ، فقد روى أحمد ومسلم والنسائي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية .

وعن سهل بن أبي حثمة قال انطلق عبد الله بن سهل ومحيصة بن مسعود إلى خيبر وهي يومئذ صلح فتفرقا فأتى محيصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشحط في دمه قتيلا فدفنه ثم قدم إلى المدينة فانطلق عبد الرحمن بن سهل ومحيصة وحويصة ابنا مسعود إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم فقال كبر كبر وهو أحدث القوم فسكت فتكلما فقال أتحلفون وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم ؟ فقالوا كيف نحلف ولم نشهد شيئاً ولم نر ؟ قال فتبرئكم يهود بخمسين يميناً ؟ فقالوا كيف نأخذ أيمان قوم كفار ؟ فعقله النبي صلى الله عليه وسلم من عنده رواه الجماعة وفي رواية متفق عليها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته فقالوا أمر لم نشهده كيف نحلف ؟ قال فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم ، قالوا يارسول الله قوم كفار وذكر الحديث بنحوه وهو حجة لمن قال لا يقسمون على أكثر من واحد وفي لفظ لأحمد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تسمون قاتلكم ثم تحلفون عليه خمسين يمينا ثم نسلمه

وفي رواية متفق عليها فقال لهم تأتون بالبينة على من قتله فقالوا مالنا من بينة قال فيحلفون قالوا لا نرضى بأيمان اليهود فكره رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يطل دمه فوداه بمائة من إبل الصدقة[2] وروى الإمام أحمد عن

(١) مواهب الجليل جـ ٧ ص ٢٨٦ — أسنى المطالب جـ ٤ ص ٩٨ — المغني جـ ١ ص ٢ طرق الإثبات الشرعية ص ٤٨٤ — نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣١١

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣١١ ، ٣١٢

أبى سعيد الخدرى قال وجد قتيل بين قريتين فأمر النبى صلى الله عليه وسلم فذرع بينهما فوجد إلى أحدهما أقرب فألقاه إلى أقربهما أى حملهم ديته وكذلك روى عن عمر رضى الله عنه فى قتيل وجد بين وادعة وأرحب وكتب إليه عامله بذلك فكتب إليه عمر أن قس بين القريتين فأيهما كان أقرب فألزمهم فوجد القتيل إلى وادعة أقرب فألزموا القسامة والدية[1] وأخرج عبد الرزاق وابن شيبة والبيهقى عن الشعبى أن قتيلا وجد بين وادعة وشاكر فأمرهم عمر بن الخطاب أن يقيسوا ما بينهما فوجدوه إلى وادعة أقرب فأحلفهم عمر خمسين يميناً كل رجل ماقتلته ولا علمت له قاتلا ثم أغرمهم الدية فقالوا ياأمير المؤمنين لا أيماننا دفعت عن أموالنا ولا أموالنا دفعت عن أيماننا فقال عمر كذلك الحق وأخرج نحوه الدارقطنى والبيهقى عن سعيد بن المسيب وفيه أن عمر قال إنما قضيت عليكم قضاء نبيكم[2] وفى رواية أخرى أنهم قالوا أتبذل أموالنا وأيماننا ؟ فقال عمر أما أيمانكم فلحقن دمائكم وأما أموالكم فلوجود القتيل بين أظهركم[3]

وأخرج البخارى والنسائى عن ابن عباس أن أول قسامة كانت فى الجاهلية فى بنى هاشم ، كان رجل من بنى هاشم استأجره رجل من قريش من فخذ أخرى فانطلق معه فى إبله فمر به رجل من بنى هاشم قد انقطعت عروة جوالقه فقال أغثنى بعقال أشد به عروة جوالقى لا تنفر الإبل ، فأعطاه عقالاً فشد به عروة جوالقه فلما نزلوا عقلت الإبل إلا بعيراً واحداً فقال الذى استأجره ما بال هذا البعير لم يعقل من بين الإبل ؟ قال ليس له عقال فأين عقاله ؟ فحذفه بعصا كان فيه أجله ، فمر به رجل من أهل اليمن فقال أتشهد الموسم قال ما أشهده وربما شهدته ، قال هل أنت مبلغ عنى رسالة مرة من الدهر ؟ قال نعم ، قال فإذا شهدت فناد ياقريش فإذا أجابوك فناد ياآل بنى هاشم فإن أجابوك فسل عن ابن

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٩٢ — طرق الإثبات الشرعية ص ٤٤٨
(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢١٤
(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٩١

أبى طالب فأخبره أن فلاناً قتلوى فى عقال ومات المستأجر فلما قدم الذى استأجره أتاه أبو طالب فقال ما فعل صاحبنا قال مرض فأحسنت القيام عليه ووليت دفنه قال قد كان أهل ذاك منك فمكث حيناً ثم إن الرجل الذى أوصى إليه أن يبلغ عنه فى الموسم فقال يا قريش قالوا هذه قريش قال يا آل بنى هاشم قالوا هذه بنو هاشم قال أين أبو طالب ؟ قالوا هذا أبو طالب ، قال أمرنى فلان أن أبلغك رسالة إن فلاناً قتله فى عقال فأتاه أبو طالب فقال اخترمنا إحدى ثلاث إن شئت أن تؤدى مائة من الإبل فإنك قتلت صاحبنا وإن شئت حلف خمسين من قومك أنك لم تقتله ، فإن أبيت قتلناك به فأتى قومه فأخبرهم فقالوا نحلف ، فأتته امرأة من بنى هاشم كانت تحت رجل منهم وكانت قد ولدت منه فقالت يا أبا طالب أردت خمسين رجلاأن يحلفوا مكان مائتين من الإبل فيصيب كل رجل منهم بعيران ، هذان البعيران فاقبلهما منى ولا تصبر يمينى حيث تصبر الأيمان فقبلهما وجاء ثمانية وأربعون فحلفوا قال ابن عباس فوالذى نفسى بيده ما حال الحول ومن الثمانية والأربعين عين تطرف[1]

١٤٥ ـ اختلاف الفقهاء فى شرعية القسامة وبالرغم من النصوص السابقة فإن الفقهاء اختلفوا فى القسامة فرأى الجمهور أن يعتبر القسامة كطريق من طرق الإثبات فى جريمة القتل وعلى الأخص فقهاء المذاهب الأربعة والمذهب الظاهرى والمذهب الشيعى وأنكر بعض الفقهـــاء القسامة ومنهم سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن علية ، ويرى هؤلاء أنه لا يجوز الحكم بمقتضى القسامة لأنها مخالفة لأصول التشريع الإسلامى إذ الأصل فى الشريعة أن لا يحلف أحد إلا على ما علم قطعاً أو شاهد حساً وإذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتيل بل قد

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١٢ ، ٣١٣ ـ طرق الإثبات الشرعية ص ٤٧٨

يكونون في بلد والقتيل في بلد آخر(١) ومن حجتهم أن الأيمان ليس لها تأثير في إشاطة الدماء وأن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ولا يرى أصحاب هذا الرأي في الأحاديث التي تستند إليها القائلون بالقسامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وإنما كانت القسامة حكما جاهليا فتلطف لهم رسول الله ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الإسلام ولذلك قال لهم أتحلفون خمسين يمينا أعني لولاة الدم وهم الأنصار قالوا كيف نحلف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود قالوا كيف نقبل أيمان قوم كفار قالوا فلو كانت السنة أن يحلفوا وإن لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هي السنة وإذا كانت هذه الآثار غير نص في القسامة بالقسامة والتأويل يتطرق إليها فصرفها بالتأويل إلى الأصول أولى(٢)

ويرد الفريق الآخر على هذه الحجج بأن القسامة سنة مقررة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة وأنه يجوز للأولياء أن يقسموا على القاتل إذا غلب على ظنهم أنه قتله وإن كانوا غائبين عن مكان القتل لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للأنصار «تحلفون وتستحقون دم صاحبكم» وكانوا بالمدينة والقتيل بخيبر، ولأن للإنسان أن يحلف على غالب ظنه كما أن من اشترى من إنسان شيئا فجاءه آخر يدعيه جاز أن يحلف أنه لا يستحقه لأن الظاهر أنه ملك الذي باعه وكذلك

---

(١) لذلك روى البخاري عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوما للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال ما تقولون في القسامة القوم وقالوا نقول إن القسامة القود بها حق وقد أقاد بها الخلفاء. فقال ما تقول يا أبا قلابة ونصبني للناس فقلت يا أمير المؤمنين عندك أشراف العرب ورؤساء الأجناد أرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل أنه زنى بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه قال لا، قلت أرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل أنه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه قال لا وفي بعض الروايات قلت فما بالهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة أنهم إن أقاموا شاهدي عدل أن فلانا قتله فأقده ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا (بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥٢ – طرق الإثبات الشرعية ص ٤٩٠)

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥٨

إذا وجد شيئاً بخطه أو بخط أبيه جاز أن يحلف ولو أنه لا يعلمه أو لا يذكره وكذلك إذا باع شيئاً لم يعلم فيه عيباً فادعى عليه المشترى أنه معيب وأراد رده كان له أن يحلف أنه باعه بريئاً من العيب ولكن الحالف على كل حال لا يحلف إلا بعد الإثبات وغلبة ظن يقارب اليقين[1]

٤٥٢ ـ وليس ثمة ما يمنع من أن تكون الأيمان سبيلا لإشاطة الدماء أى إهدارها ما دامت الأيمان تؤدى إلى إثبات الجريمة على الجانى لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال «تقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته» وفى رواية مسلم «يسلم إليكم» وفى لفظ «وتستحقون دم صاحبكم» وأراد دم القاتل لأن دم القتيل ثابت لهم قبل اليمين وإذا كانت القسامة طريق الإثبات العمد فقد وجب بها القصاص وهو عقوبة العامد كالبينة سواء بسواء وقد روى الأثرم بإسناده عن عامر الأحول أن النبى صلى الله عليه وسلم أقاد بالقسامة فى الطائف وهذا نص ولأن الشارع جعل القول قول المدعى مع يمينه احتياطاً للدم فإن لم يجب القود سقط هذا المعنى[2] على أن أغلب القائلين بالقسامة لا يرون أن القسامة تؤدى للقصاص بل يرون أنها توجب الدية فقط فالقسامة على رأى هؤلاء لا تؤدى لإشاطة الدماء

٤٥٣ ـ وأما أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر فإن بعض القائلين بالقسامة لا يجرحون على هذا الأصل كالحنفيين فإنهم يرون اليمين دائماً فى جانب المنكر حتى فى القسامة فيحلفون للمدعى عليه ، وأما القائلين بتحليف المدعى فالقاعدة عندهم أن اليمين تشرع من جهة أقوى المتداعيين فأى الخصمين ترجح جانبه جعلت اليمين من جهته وقد ثبت عن رسول الله أنه عرض القسامة أولا على المدعين فلما أبوا جعلها فى جانب المدعى عليهم ، وقد جعلت فى جانب المدعين لأن جانبهم ترجح باللوث[3] واليمين تكون

(١) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٥
(٢) الشرح الكبير ج ١ ص ٣٩ ، ٤٠
(٣) أعلام الموقعين ج ١ ص ١١٨ ـ الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٨ وما بعدها

فى جانب المدعى عليه إذا لم يترجح المدعى بشىء غير الدعوى فيكون جانب المدعى عليه أولى باليمين لقوله بأصل براءة الذمة فكان هو أقوى المتداعين باستصحاب الأصل فكانت اليمين من جهته فإذا ترجح المدعى بلوث أو نكول أو شاهد كان أولى باليمين لقوة جانبه بذلك فاليمين مشروعة فى جانب أقوى المتداعين فأيهما قوى جانبه شرعت اليمين فى حقه[1].

وفضلا عما سبق فإن حديث البينة على من ادعى واليمين على من أنكر روى عن ابن عبد البر بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بالصيغة الآتية (البينة على المدعى واليمين على من أنكر إلا فى القسامة) فاستثنى الحديث القسامة وهذا الاستثناء زيادة فى الحديث يتعين العمل بها لأن الزيادة من الثقة مقبولة[2]

٤٥٤ ـ لماذا شرعت القسامة؟ الأصل فى القسامة أنها شرعت لحفظ الدماء وصيانتها فالشريعة الإسلامية تحرص أشد الحرص على حفظ الدماء وصيانتها وعدم إهدارها ولما كان القتل يكثر بينما تقل الشهادة عليه لأن القاتل يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت القسامة حتى لا يفلت المجرمون من العقاب وحتى تحفظ الدماء وتصان[3]

ولقد كان من حرص الشريعة على حياطة الدماء ما دعا أحمد إلى القول بأن من مات من زحام الجمعة أو فى الطواف فديته فى بيت المال وبمثل هذا قال إسحق وقال عمر وعلى فإن سعيداً يروى عن إبراهيم أن رجلا قتل فى زحام الناس بعرفة فجاء أهله إلى عمر فقال بينتكم على من قتله فقال على يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرىء مسلم إن علمت قاتله وإلا فاعطه ديته من بيت المال وقال الحسن والزهرى فيمن مات من الزحام ديته على من حضر لأن قتله حصل منهم[4]

(١) الطرق الحكمية ص ٧٤
(٢) الشرح الكبير جـ ١٠ ص ٣١
(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥٨
(٤) المغنى جـ ١٠ ص ٩ ١

ولعل فى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذى قرر القسامة ما يؤيد هذا النظر فى رواية متفق عليها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لم تأتون بالبينة على من قتله فقالوا مالنا من بينة قال فتحلفون قالوا لا نرضى بأيمان اليهود فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يطل دمه فوداه بمائة من إبل الصدقه[1] وهذا ما حمل الحنابلة يرون أنه إذا لم يحلف المدعون ولم يرضوا يمين المدعى عليه فداه الإمام من بيت المال وما حملهم يرون إلزام المدعى عليه الدية إذا نكل عن الحلف

٤٥٥ ـ والقسامة عند أبى حنيفة شرعت فوق ما سبق لعلاج التقصير فى النصرة وحفظ الموضع الذى وجد فيه القتيل ممن وجب عليه النصرة والحفظ لأنه إذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ صار مقصراً بترك الحفظ الواجب فيؤاخذ بالتقصير زجراً عن ذلك وحملا على تحصيل الواجب وكل من كان أخص بالنصرة والحفظ كان أولى بتحمل القسامة والدية لأنه أولى بالحفظ فكان التقصير منه أبلغ ولهذا يرى أبو حنيفة أن القتيل إذا وجد فى موضع اختص به واحد أو جماعة إما بالملك أو باليد فيتهمون أنهم قتلوه وعليهم شرعاً القسامة دفعاً بالتهمة والدية لوجود القتيل بين أظهرهم[2]

٤٥٦ ـ *هل شرعت القسامة للإثبات أم للنفى ؟* يرى مالك والشافعى وأحمد أن القسامة شرعت لإثبات الجريمة ضد الجانى كلما انعدمت أدلة الإثبات الأخرى أو لم تكن كافية بذاتها لإثبات الجريمة على الجانى فإذا لم يكن مثلا إلا شاهد واحد على القاتل أو لم يكن هناك شهود ولكن وجدت قرينة على أن القتل حصل من المتهم كان لولاة القتيل أن يثبتوا الجريمة على المتهم بطريق القسامة[3]

ويرى أبو حنيفة أن القسامة ليست دليلا مثبتاً للفعل المحرم وإنما هى دليل

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣١٢
(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٩٠
(٣) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٥٩ ـ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٧٦ ـ المغنى جـ ١٠ ص ٧

بى لأهل المحلة التى وجد فيها القتيل لأن المدعين طبقاً لرأيه لا يحلفون وإنما يحلف أهل المحلة بالله ما قتلوه ليدرءوا عن أنفسهم القصاص وفى الوقت ذاته تجب عليهم الدية لوجود القتيل بين أظهرهم ويأخذ أبو حنيفة بهذا الرأى لأنه يرى أن البينة دائماً على من ادعى واليمين على من أنكر فإذا لم يعترف أحد أهل المحلة بالقتل وأنكروا كانت عليهم القسامة لأنهم مدعى عليهم وهم يدفعون بالقسامة التهمة الموجهة إليهم فتكون القسامة دليل نفى لهم(١)

٤٥٧ – الجرائم التى تجوز فيها القسامة: من المتفق عليه أن القسامة لا تكون إلا فى جريمة القتل فقط فلا قسامة فى جرح ولا فى قطع عضو أو فقد منفعة ولا قسامة فى ضرب أو إيذاء أو اعتداء أياً كان نوعه مالم يؤد للموت ويستوى أن يكون القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ ففى كل قتل أياً كان نوعه القسامة(٢)

متى تكون القسامة؟

لا محل للقسامة عند أبى حنيفة إلا إذا كان القاتل مجهولا فإن كان معلوماً فلا قسامة ويتبع فى إثبات الجريمة وعقابها طرق الإثبات العادية(٣)

٤٥٨ – أما مالك والشافعى وأحمد فمحل القسامة أن يكون القاتل معينا وأن يكون هناك لوث فإن كان القاتل مجهولا فلا قسامة عند الأئمة الثلاثة ولكن العراقى وهو من الفقهاء الشافعيين يرى أن لا بأس من أن يكون القاتل مجهولا بين معينين فإن حكمه حكم المعين كما إذا اتهم ولى القتيل عشرة وقال القاتل أحدهم(٤)

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٨٩ ، ٢٩١
(٢) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٥٠ – بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٨٠ – نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٧٢ – الشرح الكبير جـ ١٠ ص ٣
(٣) بدائع الصنائع ص ٢٨٨
(٤) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٥ – أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٩ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٨ – المغنى ج ١٠ ص ٤

واللوث عند مالك والشافعى هو أمر ينشأ عن غلبة الظن بصدق المدعى[1] أو هو قرينة توقع فى القلب صدق المدعى[2] كوجود جثة القتيل فى محلة أعدائه أو تفرق جماعة عن قتيل أو رؤية المتهم على رأس القتيل ومعه سكين وقول واحد ممن تقبل شهادته لوث

وهناك خلاف بين المالكية والشافعية على ما يعتبر لوثا فالمالكية يعتبرون ادعاء المجنى عليه على المتهم قبل وفاته لوثا ولا يعتبره الشافعيون كذلك والإشاعة المتواترة لوث عند الشافعيين وليست كذلك عند المالكيين[3]

واللوث عند أحمد على الرواية المرجوحة هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه كنحو ما بين الأنصار ويهود خيبر وما بين القبائل والأحياء وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب وما بين أهل العدل وما بين الشرطة واللصوص وكل من بينه وبين المقتول ضغن يغلب على الظن أنه قتله

واللوث على الرواية الراجحة هو ما يغلب على الظن صدق المدعى كالعداوة المذكورة سابقاً وكأن يتفرق جماعة عن قتيل فيكون ذلك لوثا فى حق كل واحد منهم وكأن يزدحم الناس فى مضيق فيوجد فيهم قتيل وكأن يوجد قتيل ولا يوجد بقربه إلا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن أنه قتله وهذا الرأى الثانى موافق لما يراه مالك والشافعى[4] وتعدد اللوث لا يمنع من القسامة كما لو قال المجنى عليه قبل موته قتلنى فلان وكان هناك شاهد عدل يشهد أنه رأى المتهم يقتل المجنى عليه فالقسامة واحدة مع تعدد اللوث ولا يغنى تعدد اللوث عنها إلا عند من يأخذون بالقرائن ويرونها كافية وحدها لإثبات الجريمة[5] وإذا وجد قتيل ولم يكن لوث فلا قسامة عند مالك والشافعى وأحمد وإن عين أولياء القاتل والدعوى فى هذه الحالة كسائر الدعاوى إن كانت بينة

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٥ (٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٨
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٦٩ ، ٣٧١ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ٥٠ ، ٥٥ ، ص ـ
(٤) المغنى ج ١٠ ص ٧ ، ١٢ (٥) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٤ ـ

حكم للمدعين بها وإن كان إقرار حكم به وإلا فالقول قول المنكر ، وهذا يخالف مذهب أبي حنيفة الذي يرى القسامة بوجود الجثة وبها أثر القتل .

٤٥٩ ـ وإذا ادعى أولياء القتيل القتل ولم توجد الجثة في محل المدعى عليهم ولم تكن عداوة ولا لوث فلا قسامة عند الجميع ويرى البعض في هذه الحالة أن لا يحلف المدعى عليه وحجة القائلين بهذا أن الدعوى لا يقضى فيها بالنكول فلا يستحلف فيها كالحدود ويرى البعض أنه يستحلف والقائلون بهذا يحتجون بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » ويرون أن النص يوجب اليمين لعمومه وأن النص صريح في انطباقه على دعوى القتل حيث يقول لادّعى قوم دماء رجال وأموالهم وادعاء الدماء هو ادعاء القتل والقائلون بهذا يختلفون فبعضهم يرى أن يحلف المدعى عليه يميناً واحدة وهو الرأى الراجح والبعض يرى أن يحلف خمسين يميناً وهو الرأى المرجوح . فإن نكل المدعى عليه عن اليمين فيرى البعض أنه لا يجب عليه شيء بنكوله ويرى البعض أن النكول لا يجب به غير الدية ويرى البعض أن ترد اليمين على المدعى إذا نكل المدعى عليه فتكون قسامة ويحلف المدعون خمسين يميناً لأن النكول يعتبر لوثاً في هذه الحالة فتتوفر شروط القسامة[1]

٤٦٠ ـ وظاهر مما سبق أن القسامة تكون عند مالك والشافعي إذا علم القاتل وانعدمت البينة المثبتة للقتل وكان لوث ، فإن كانت بينة تثبت القتل أو كان إقرار فلا قسامة ومعنى هذا أن القسامة عندهم دليل خاص مثبت للقتل إذا انعدم دليله الأصيل

ويختص مالك بنوع من القسامة يوجبه مع توفر الدليل على القتل وذلك في حالة ما إذا أصيب المجنى عليه في جريمة القتل فلم يمت في الحال واستمر وقتا ما يأكل ويشرب ويتكلم ثم مات بعدها فتجب القسامة على أولياء القتيل يحلفون

---

(١) المغنى جـ ١٠ ص ٣ ، ٧

بالله أن القتيل مات من إصابته وهذا النوع من القسامة ليس إلا دليلا من نوع خاص على أن الوفاة نشأت عن الإصابة وليس له معنى فى عصرنا الحاضر بعد أن أصبح الأطباء قادرين على تعيين سبب الوفاة

أما القسامة عند أبى حنيفة فلا تكون إلا إذا وجدت جثة القتيل فى محلة وكان القاتل مجهولا وهى ليست دليلا على القتل وإنما هى دليل نفى لأهل المحلة التى وجد فيها القتيل فهم يحلفون بالله ما قتلوه ليدرأوا عن أنفسهم القصاص وتجب عليهم الدية فى الوقت ذاته لوجود القتيل بين أظهرهم

والقسامة عند ابن حزم تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله أينما وجد فادعى ولاة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا فإن هم حلفوا على العمد فالقود، وإن حلفوا على الخطأ فالدية وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا[1].

فالقسامة عند ابن حزم تجمع بين مذهب أبى حنيفة ومذهب مالك والشافعى وأحمد فيأخذ من مذهب أبى حنيفة سبب وجوب القسامة ، ويأخذ من مذهب الأئمة الثلاثة كيفية القسامة

٤٦١ ـ والقسامة عند أبى حنيفة أشبه ما تكون بما تفعله جيوش الاحتلال ببلاد المحتلة فى عصرنا الحاضر فى حالة الاعتداء على رجال الجيش المحتل وفى حالة الثورات إذ تفرض غرامة على كل قرية قتل فيها جندى لم يعلم قاتله أو ارتكبت فيها جريمة هامة لم يعلم مرتكبها ، وتحصل الغرامة من جميع سكان القرية على السواء

والواقع أن القسامة عند أبى حنيفة تعتبر بحق وسيلة طيبة لإظهار الفاعلين فى حوادث القتل لأن أهل القرية إذا علموا أنهم سيلزمون دية القتيل الذى لا يظهر قاتله اجتهدوا فى منع المشبوهين من الإقامة بين ظهرانيهم وأخذوا على أيدى سفهائهم ومجرميهم كما أن كل من كان لديه معلومات عن القتل سابقة أو

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦

لاحقة لن يتأخر فى الغالب عن تسليمها للجهات المختصة لأنهم قد يحملون القاتل على أن يقدم نفسه ويعترف بجرمه .

٤٦٢ ــ كيفية القسامة : القسامة عند مالك والشافعى وأحمد على أولياء القتيل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « يحلف خمسون رجلا منكم وتستحقون دم صاحبكم » وعلى هذا أن يحلف أولياء القتيل ابتداء خمسين يميناً

ويستحب أن يستظهر فى ألفاظ اليمين فى القسامة تأكيداً فيقول الحالف والله الذى لا إله إلا هو عالم خائنة الأعين وما تخفى الصدور ، فإن اقتصر على لفظ والله كفى ، ويصح أن يقول والله أو بالله وتالله وكل ما زاد على هذا تأكيداً ، ويشترط فى اليمين أن تكون على البت وأن تكون قاطعة فى ارتكاب المتهم الجريمة بنفسه أو بالاشتراك مع غيره وعلى الحالف أن يبين ما إذا كان الجانى تعمد الفعل أم لم يتعمده فيقول مثلا « والله إن فلانا ابن فلان قتل فلاناً منفرداً بقتله ما شركه غيره ، وإن كانا اثنين قال ، ومنفردين بقتله ما شركهما غيرهما ثم يقول عمداً أو خطأ »

فإن لم يحلف المدعون حلف المدعى عليه خمسين يميناً وبرىء ويشترط فى يمين المدعى عليه ما يشترط فى يمين المدعى من البت والقطع ببراءته فيقول مثلا والله ما قتلته ولا شاركت فى قتله ولا فعلت سبباً مات منه ولا كان سبباً فى موته ولا معيناً على موته

فإن لم يحلف المدعون ولم يرضوا أيمان المدعى عليهم برىء المتهمون وكانت دية القتيل فى بيت المال على رأى أحمد ، وهو رأى لا يأخذ به بقية الأئمة وإن نكل المدعى عليهم عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا على رأى فى مذهب أحمد ولم يحبسوا على الرأى الآخر ، وحبسوا المدة سنة على رأى مالك ، فإن لم يحلفوا عذروا ــ أما الشافعى فيرى أن ترد الأيمان على المدعين فإن لم يحلفوا فلا شيء على المدعى عليهم ، وإن حلفوا وجبت العقوبة على المدعى عليهم[1]

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٥٥ ، ٥٩ ــ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٣ ــ شرح الكبير ج ١ ص ٤ ، ٤٧

أما أبو حنيفة فيرى أن القسامة على أهل المحلة ابتداء فإن حلفوا وجبت عليهم الدية وعنده أن الحلف لحقن دماء الحالفين لأن حفظ المحلة عليهم ومع ولاية التصرف فى المحلة عائد عليهم وهم المتهمون فى القتل فكانت القسامة والدية عليهم[(١)]

ويحلف خمسون رجلا من أهل المحلة والله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ، وإذا امتنع المدعى عليهم عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا ولكن امتناعهم لا يسقط عنهم الدية[(٢)]

٤٦٣ - من يدخل القسامة : يدخل القسامة على رأى الشافعى كل الورثة سواء كانوا رجالا أو نساء فتدخل الزوجة والبنت كما يدخل الابن والزوج وتوزع الأيمان عليهم بحسب نصيبهم من الإرث ويجبر الكسر لأن اليمين الواحدة لا تتبعض فلو خلف تسعة وأربعين حلف كل يمينا وفى قول يحلف كل من الورثة خمسين يمينا لأن العدد يعتبر كيمين واحدة ، وإذا ردت اليمين على المدعى عليهم حلف كل واحد منهم خمسين يمينا كاملة[(٣)]

٤٦٤ - وفى مذهب أحمد روايتان — أولاهما أن الأيمان تختص بالورثة دون غيرهم وبالرجال دون النساء ، فعلى هذه الرواية تقسم الأيمان بين الورثة من الرجال سواء كانوا من ذوى الفروض أو العصبات كل على قدر إرثه إن كانوا جماعة وإن كان واحدا حلفها وحده ، فإن انقسمت الأيمان فى حالة التعدد من غير كسر مثل أن يرث المقتول ابنان أو أخ وزوج حلف كل منهما خمسا وعشرين يمينا ، وإن كان فيها كسر جبر عليهم مثل زوج وابن ، يحلف الزوج ثلاثة عشر يمينا والابن ثمانية وثلاثين يمينا لأن تكميل الخمسين واجب ولا يمكن تبعيض اليمين ولا حمل بعضهم لها عن البعض الآخر فوجب تكميل اليمين المنكسرة فى حق كل واحد منهم ، وهناك من يرى أن يحلف كل وارث

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩١
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٩
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٩

خمسين يميناً سواء تساووا فى الميراث أو اختلفوا فيه لأن ما حلفه الواحد إذا انفرد حلفه كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة فى سائر الدعاوى[١] .

ثانيهما : - أن يحلف من العصبة خمسون رجلا كل واحد يميناً وهو قول لمالك ، وعلى هذا يحلف الوارثون من العصبة ، فإن لم يبلغوا خمسين تمموا من سائر العصبة الأقرب منهم فالأقرب[٢]

٤٦٥ - ويفرق مالك بين حالة الخطأ وحالة العمد ، فى الخطأ يحلف أيمان القسامة من يرث القتيل ، وإن كان واحداً ولو أختاً لأم أو امرأة ، وإذا تعدد الورثة حلف كل وارث على قدر إرثه فإن كان وارث واحد حلف الأيمان كلها وتجبر اليمين عند الكسر على أكثر كسرها ، ولو كان صاحب الكسر الأكثر أقل نصيباً فى الميراث كابن وبنت ، على الابن ثلاثة وثلاثون يميناً وثلث ، وعلى البنت ستة عشر يميناً وثلثان ، فتحلف البنت سبعة عشر يميناً والابن ثلاثة وثلاثين

أما فى العمد فلا يحلف إلا العصبة ، ولا يحلف فى العمد أقل من رجلين من العصبة ويستوى أن يكون العاصب وارثاً أم غير وارث ولا تحلف النساء فى العمد ، وللولى إن كان واحداً أن يستعين بعاصبه هو ولو لم يكن عاصباً للقتيل كامرأة مقتولة ليس لها عصبة غير ابنها وله إخوة من أبيه فله أن يستعين بهم[٣]

٤٦٦ - ويرى أبو حنيفة أن القسامة لا تجب إلا على الرجال فلا تجب على صبى ولا مجنون ولو وجد القتيل فى ملك أحدهما ، لأن القسامة يمين وهما ليسا من أهل اليمين ولأن القسامة تجب على من هو من أهل النصرة وهما ليسا من أهل النصرة فلا تجب القسامة عليهما وتجب على عاقلتهما إذا وجد القتيل فى ملكهما وهناك خلاف فى هذا المذهب على ما إذا كانا يدخلان فى الدية مع العاقلة ، فيرى

---

(١) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٢ ، ٣٣

(٢) الشرح الكبير ج ١ ص ٤ ، ٤١

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٥٦ ، ٥٧

النقص دخولها لأنهما مؤاخذان بالضمان الى لأفعالها وهو الرأى الراجح ، أما إذا وجد القتيل فى ملك غيرهما فمن المتفق عليه أنهما لا يدخلان فى الدية مع العاقلة.

ولا تدخل المرأة فى القسامة والدية فى قتيل وجد فى غير ملكها لأن وجوبهما طريق النصرة وهى ليست من أهلها وإن وجد فى دارها أو فى قرية لها لا يكون بها غيرها فعليها القسامة فتستحلف ويكرر عليها الأيمان على الرأى الراجح[1] .

ما يجب بالقسامة : ـ تجب الدية بالقسامة فى الخطأ وشبه العمد وهذا متفق عليه

٤٦٧ ـ أما فى العمد فيرى مالك أن القصاص يجب بالقسامة إذا كان المتهم واحداً ، فإذا تعدد المتهمون وجب القصاص بالقسامة على واحد فقط يعينه أولياء القتيل ويحلفون أنه مات من ضربه أو جرحه ، ويرى ابن رشد أنه يجوز أن يقتص بالقسامة من أكثر من واحد إذا اختلفت الأفعال التى أدت للقتل كمن يمسك شخصاً لآخر ثم يقول له اضربه اقتله فيفعل ذلك ، فإنهما يقتلان معا بالقسامة لأن الموت كان نتيجة لفعليهما معاً

ولأن فعل كل منهما يخالف فعل الآخر ، أما إذا اتحد الفعل المؤدى للموت فلا يقتص إلا من واحد[2]

٤٦٨ ـ ورأى الشافعى القديم جواز القصاص بالقسامة فى العمد ولكن رأيه الآخر أنه لا تجب بالقسامة إلا الدية سواء كان الفعل عمداً أو شبه عمد أو خطأ والرأى الأول قائم على قول الرسول صلى الله عليه وسلم « تستحقون دم صاحبكم » . والرأى الثانى قائم على قوله « إما أن يدوا صاحبكم ، أو يؤذنوا بحرب من الله ورسوله » وقد فسرت عبارة دم صاحبكم ببدل دم صاحبكم جمعاً بين الدليلين[3]

ويرى أبو حنيفة أنه لا يجب بعد القسامة إلا الدية فى العمد وغير العمد لأن القسامة جعلت لحقن دماء المدعى عليهم

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٥٩

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٥

ويرى أحمد أن يختص بالقسامة في العمد ما لم يمنع مانع شرعي من القصاص[١]

٤٦٩ — شروط القسامة : ـ لا تجب القسامة إلا إذا توفرت الشروط الآتية

أولا أن يثبت أن الموت نتيجة القتل ، فإن كان مات حتف أنفه أو تساوى احتمال موته حتف أنفه بموته قتيلا فلا قسامة

ثانياً أن يكون لوث طبقاً لما يراه مالك والشافعي وأحمد وقد بينا معنى اللوث فإن لم يكن لوث فلا قسامة . أما أبو حنيفة فلا يشترط إلا أن توجد الجثة في محله وبها أثر القتل ، فإن لم توجد الجثة على هذا الوجه فلا قسامة ، وإذا أصيب القتيل بجرح في محلة فحمل إلى أهله فمات من تلك الجراحة وجبت القسامة والدية عند أبي حنيفة ولا يراها أبو يوسف بحجة أنه أصيب في المحلة ولم يمت فيها ولا قسامة فيما دون النفس ويرد عليه بأن القتيل مات من الجراحة فكأن الجراحة وقعت قتلا من وقت حدوثها

ويشترط الحنفيون أن يوجد من القتيل أكثر بدنه فإن وجد ففيه القسامة والدية لأن للأكثر حكم الكل فيسمى قتيلا ، أما إذا وجد عضو من أعضائه فلا قسامة فيه ولا دية ، وإن وجد النصف الذي فيه الرأس ففيه القسامة والدية وإن وجد الرأس وحده فلا قسامة ولا دية ولا يشترط بقية الأئمة هذه الشروط فالقسامة واجبة سواء وجد كل الجثة أم وجد بعضها[٢]

ثالثاً أن لا يعلم القاتل عند أبي حنيفة فإن علم فلا قسامة أما عند مالك والشافعي وأحمد فيشترط للقسامة تعيين القاتل ، فإذا لم يعين فلا قسامة .

رابعاً : أن يتقدم أولياء القتيل بدعواهم أي باتهامهم لأن الدعوى لا تسمع على غير معين عند مالك والشافعي وأحمد ، ولأن القسامة يمين مقصود به دفع التهمة عند أبي حنيفة ولا تجب اليمين قبل الدعوى والاتهام[٣]

---

(١) الشرح الكبير جـ ١٠ ص ٣٩

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٨٨

(٣) شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٥٠ ـ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٠٣ ـ الإقناع جـ ٤ ص ٢٤ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٨٨

خامساً أن لا يكون هناك ادعاء متناقض كأن يكون الأولياء قد ادعوا على شخص أنه انفرد بالقتل ثم عادوا فادعوا على آخر بأنه هو القاتل أو كأن يدعى بعض الأولياء أن شخصاً هو القاتل ويبرئه البعض الآخر من القتل أو يدعوه على غيره ، فإذا وجد مثل هذا التناقض امتنعت القسامة ، ويشترط في التناقض المانع من القسامة أن يكون بحيث ينفي الاتهام عن المتهم

سادساً . أن ينكر المدعى عليهم القتل فإذا اعترفوا به فلا قسامة .

سابعاً . ويشترط أبو حنيفة المطالبة بالقسامة لأن اليمين حق المدعى ، وحق المدعى يوفى بطلبه ولهذا كان الاختيار في حال القسامة لأولياء القتيل لأن الأيمان حقهم فلهم أن يختاروا من يتهمونه ويستحلفون صالحي العشيرة الذين يعلمون أنهم لا يحلفون كذباً ، وإذا طولب من عليه القسامة باليمين فنكل عنها حبس حتى يحلف أو يقر لأن اليمين حق مقصود لنفسه وليست وسيلة للدية إذ الدية مقرونة مع اليمين ويرى أبو يوسف أن لا يحبس الناكل ويحكم بالدية[1]

ثامناً ويشترط أبو حنيفة أيضاً أن يكون الموضع الذي وجدت فيه الجثة ملكا لأحد وفي يد أحد ، فإن لم تكن ملكا لأحد ولا في يد أحد فلا قسامة ولا دية

وإذا وجدت الجثة في مكان عام التصرف فيه للعامة لا لجماعة محصورين لا تجب القسامة وتجب الدية من بيت المال

٤٧٠ — وإذا وجد القتيل في فلاة لا يملكها أحد فلا قسامة ولا دية إذا كانت بحيث لا يسمع الصوت في القرى والأمصار القريبة ، فإذا كانت بحيث يسمع الصوت وجبت القسامة والدية على أقرب المواضع إلى الجثة ، وإذا كان المكان قريباً من عدة قرى وجبت القسامة والدية على أقرب القرى إليه ، وإن كان المكان قريباً من المصر فعلى أقرب أحياء المصر الدية والقسامة وهذا هو قضاء عمر بن الخطاب

(١) بدائع الصنائع ج٧ ص ٢٨٩

ولا قسامة فى قتيل وجد فى المسجد الجامع ولا فى الشوارع أو الجسور أو الطرق العامة لأنها محلات عامة تعنى الكافة وتجب الدية فى بيت المال .

ولا قسامة فى قتيل وجد فى سوق عامة إلا إذا كان السوق ملكا لفرد أو أفراد أو مستأجرا لهم

واختلف فى قتيل السجن فرأى البعض القسامة على المسجونين ولم يرها البعض الآخر[1]

القـــرائن

٤٧١ — عرفت الشريعة الإسلامية القرائن من يوم وجودها ، وبنى الكثير من أحكام الشريعة على أساس القرائن ، من ذلك أن القسامة تقوم على أساس القرينة سواء وجد لوث أم لم يوجد فأساس القسامة عند من لا يشترطون اللوث وجود القتيل فى محلة المتهمين لأن وجود الجثة فى المحلة قرينة على أن القتل حدث من سكانها ، وأساس القسامة عند من يشترطون اللوث أن وجود اللوث قرينة على أن المتهم هو القاتل ، فرؤية شخص على مقربة من الجثة ملوث بالدماء لوث وهذا اللوث قرينة على أن هذا الشخص هو القاتل . ومن ذلك النكول عند من يرى أن النكول تؤدى إلى إثبات الجريمة ، فإن ثبوت الجريمة عن طريق النكول إثبات بالقرينة إذ النكول ليس إلا قرينة على أن الاتهام الموجه للمتهم صحيح[2]

ومن ذلك إثبات الزنا بالحمل ، فإن الحمل قرينة على الوطء المحرم المعتبر زنا[3] .

ومن ذلك إثبات شرب الخمر بانبعاث رائحتها من فم المتهم ، فإن ثبوت الجريمة أساسه القرينة المستفادة من انبعاث رائحة الخمر من فم المتهم والتى تفيد أنه شرب الخمر[4]

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٥ ، ٢٩

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٦ ــ المغنى ج ١٠ ص ٦ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧ ١ طرق الإثبات الشرعية ص ٤٣٨ وما بعدها

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨١ المغنى ج ١٠ ص ١٩٢

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٣٢٢ ــ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٣ ــ الطرق الحكمية ص ٦

ومن ذلك ثبوت السرقة على من يوجد في حيازته المال المسروق وأساس الثبوت هنا هو القرينة المستفادة من وجود المال في حيازة المتهم والتي تدل غالباً على أنه هو الذي سرقه[1] .

ومن ذلك جواز دفع اللقطة لمن يصفها بميزاتها وكذلك الوديعة ، والمسروقات مادام صاحب اللقطة أو الوديعة أو المال المسروق مجهولا وأساس هذا الحكم القرينة المستفادة من بيان صفات وميزات الشيء والتي تدل على أن من وصفه هو صاحبه[2]

وليس يخلو مذهب فقهي من المذاهب الإسلامية من الاعتماد على القرائن في استنباط الأحكام الفرعية ، كما أن كثيراً من الأحكام الأساسية ، أقامتها الشريعة على أساس القرائن كقول الرسول صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » فإن قيام الزوجية جعل دليلا على أن من تلده المرأة يكون ابنا للزوج

ولقد جرى كثير من الخلفاء والولاة والقضاة من وقت نزول الشريعة الإسلامية على الأخذ بالقرائن باعتبارها دليلا لإثبات الدعاوى الجنائية والمدنية ولهم في ذلك آثار مشهورة[3]

و بالرغم من إقامة كثير من أحكام الشريعة على القرائن واتجاه القضاء من وقت نزول الشريعة إلى الأخذ بالقرائن ، فإن جمهور الفقهاء لا يسلم باعتبار القرائن دليلا عاماً من أدلة الإثبات في الجرائم اللهم إلا فيما نص عليه بنص خاص كالقسامة ولعل عذرهم في ذلك أن القرائن في أغلب الأحوال قرائن غير قاطعة وأنها تحمل أكثر من وجه ، فإذا اعتمد عليها كدليل لإثبات الجريمة فقد اعتمد على دليل مشكوك فيه لا يمكن التسليم مقدما بصحته .

أما أقلية الفقهاء فيرون الأخذ بالقرائن في إثبات الجرائم مع الاعتدال ومن

(١) طرق الحكمية ص ٦
(٢) طرق الإثبات الشرعية ص ٥١٨
(٣) الطرق الإثبات الشرعية ص ٣-٦٦

هؤلاء ابن القيم فإنه يرى أن الحاكم إذا أهمل الحكم بالقرائن أضاع حقاً كثيراً وأقام باطلا كبيرا ، وإنه إن توسع وجعل معوله عليها دون الأوضاع الشرعية وقع فى أنواع من الظلم والفساد (١)

النكول عن اليمين وردها

٤٧٢ ـ اختلف الفقهاء فى اعتبار النكول عن اليمين طريقاً من طرق الإثبات ، فرأى بعضهم أن المدعى إذا لم يقم بينة على ما ادعاه ولم يقر المدعى عليه كان على المدعى عليه أن يحلف على نفى المدعى به ، فإن نكل عن الحلف قضى للمدعى بما يدعيه بنكول المدعى عليه وهذا هو رأى أبى حنيفة والمشهور من مذهب أحمد ورأى البعض أن نكول المدعى عليه لا يكفى وحده لثبوت المدعى به ، بل ترد اليمين على المدعى فإن حلف اليمين المردودة قضى له بما يدعيه وهذا هو مذهب مالك والشافعى وقد صوبه أحمد فقال ماهو ببعيد يحلف ويستحق ، وعلى هذا لا تكون الدعوى ثابتة بالنكول وإنما باليمين المردودة (٢)

٤٧٣ ـ واختلف الفقهاء بعد ذلك فيما إذا كان يمكن الحكم بالنكول واليمين المردودة فى الجرائم فرأى مالك أنه لا يجوز الحكم باليمين المردودة فى الجرائم سواء كانت حدوداً أو قصاصاً أو تعازيراً ، وسواء أوجبت عقوبة بدنية أو عقوبة مالية ، وعلى هذا فإذا لم تكن بينة ونكل المتهم عن الحلف فلا ترد اليمين على المدعى لأن حلفها ليس له أثر (٣) .

٤٧٤ ـ ويرى الشافعى أنه يحكم باليمين المردودة فى الجرائم المتعلقة بحقوق الآدميين كالقتل والضرب والشتم سواء كانت العقوبة قصاصاً أو دية أو تعزيراً ، وكذلك فى جرائم التعازير المتعلقة بالأمور العامة كطرح الحجارة فى الطريق

(١) الطرق الحكمية ص ٣ ، ٤
(٢) المغنى جـ ١٢ ص ١٢٤ ـ الطرق الحكمية ص ٨٤ وما بعدها ـ طرق الإثبات الشرعية ص٤٣٨ ، ٤٥٩ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص٤ وما بعدها ، تبصرة الحكام جـ ١ ص١٦٩
(٣) تبصرة الحكام جـ ١ ص ١٧٤ وما بعدها

وإفساد الآبار ، أما فى جرائم الحدود فالقاعدة ألا يحكم فيها باليمين المردودة إلا فى بعض الحالات الاستثنائية [١]

٤٧٥ — ويرى أبو حنيفة وصاحباه القضاء بالنكول ولكنهم اختلفوا فى تفسير النكول فقال أبو حنيفة إنه بذل من جهة المدعى عليه ، وقال الصاحبان إنه إقرار وقد أدى هذا الخلاف إلى اختلافهم فى بعض المسائل ، ويمكن تلخيص رأى الأحناف فيما يختص بالقضاء بالنكول فى الجرائم فيما يأتى :ـ

١ — فى جرائم الحدود واللعان لا يستحلف المنكر اتفاقاً ، إما على قوله فلأن البذل لا يصح فى شىء منها ، وإما على قولهما فلأن النكول إقرار فيه شبهة لأنه هو فى نفسه سكوت أو تصريح بالامتناع عن اليمين والحدود تدرأ بالشبهات ، واللعان فى معنى الحد لأنه قائم مقام حد القذف فى حق الزوج وقائم مقام حد الزنا فى حق المرأة

٢ — فى جرائم القصاص والدية :ـ إذا كانت الجريمة توجب المال صح التحليف فيها والحكم بالنكول اتفاقاً لأن الأموال يصح فيها البذل من جهة ، وتثبت بالإقرار مطلقاً من جهة أخرى

أما إذا كانت الجريمة مما يوجب القصاص استحلف المدعى عليه باتفاق غير أنه إذا نكل عن اليمين لزمه القصاص على قول أبى حنيفة لأنه بذل ، وبذل ما دون النفس جائز كما تقدم وأما على قولهما فلا قصاص بل يلزمه الأرش لأن النكول عندهما إقرار فيه شبهة

٤٧٦ — وإذا كان النكول عن اليمين فى الجناية على النفس حبس حتى يحلف أو يقر على قول أبى حنيفة لتعذر القضاء بالنكول ، إذ النفس لا يصح فيها البذل وعلى قولهما يحكم عليه بالدية بنكوله لأن النكول إقرار فيه شبهة [٢]

٣ — فى جرائم التعازير يصح طبقاً لرأى الصاحبين الحكم فيها بالنكول

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ٤٠٣ ، ٤٠٦ — نهاية المحتاج ص ٤ ١ — المغنى ج ١ ص ٧
(٢) طرق الإثبات الشرعية ص ٤٣٨ ، ٤٤٣

لأن السكول إقرار لا شبهة فيه فى التعازير إذ الإقرار فيها لا يجوز العدول عنه ، ويصح طبقاً لرأى أبى حنيفة الحكم فى هذه الجرائم بالسكول إذا أوجبت عقوبة مالية لأن المال مما يصح بذله أما إذا أوجبت عقوبة بدنية فلا يصح الحكم بالنكول ، وهذا هو قياس رأى أبى حنيفة وصاحبيه .

وفى مذهب أحمد رأيان . أولهما أنه لا يقضى بالنكول إلا فى المال ، فأما غير المال وما لا يقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول [1]

ومقتضى هذا الرأى أن لا يحكم بالنكول فى جرائم الحدود ولا فى جرائم التعازير التى لا توجب المال ، ويحكم فى جرائم القصاص والدية بالنكول على أن تكون العقوبة مالية

والرأى الثانى يرى الحكم بالقصاص على الناكل إذا كان القصاص فيما دون النفس [2]

مسائل عامة

عن الحدود

٤٧٧ - تعريف الحد . - الحد لغة : هو المنع واصطلاحاً هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى [3]

ويطلق لفظ الحد عادة على جرائم الحدود وعلى عقوباتها فيقال ارتكب الجانى حداً ويقال عقوبته حد ، وإذا أطلق لفظ الحد على الجريمة فإنما يقصد تعريف الجريمة بعقوبتها ، أى بأنها جريمة ذات عقوبة مقدرة شرعاً ، فتسمية الجريمة بالحد تسمية مجازية .

ويرى بعض الفقهاء أن الحد هو العقوبة المقدرة شرعاً [4]

(١) المغنى حـ ١٢ ص ١٢٦

(٢) نفس المراجع السابقة ، والإقناع حـ ٤ ص ٤٥٣ .

(٣) شرح فتح القدير حـ ٤ ص ١١٣ - شرح الزرقانى حـ ٨ ص ١١٥ - الإقناع حـ ٤ ص ٢٤٤ - شرح الأزهار حـ ٤ ص ٣٣٢ - المحلى لابن حزم حـ ١١ ص ١١٨

(٤) شرح فتح القدير حـ ٤ ص ١١٣

ويدخل تحت الحد بهذا المعنى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لأن عقوباتها جميعاً مقدرة شرعاً.

والمشهور هو تخصيص لفظ الحد لجرائم الحدود وعقوباتها دون غيرها [١]

وتعريف عقوبة الحد بأنها العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى يؤدى إلى هذا التخصيص ، وبهذا التعريف تخرج العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية ، لأن هذه العقوبات وإن كانت مقدرة شرعاً إلا أنها مقررة حقاً للأفراد ، كذلك تخرج عقوبات جرائم التعازير لأنها جميعاً عقوبات غير مقدرة

ومعنى أن العقوبة مقدرة أن الشارع عين نوعها وحدد مقدارها ولم يترك اختيارها أو تقديرها لولى الأمر أو القاضى

ومعنى أن العقوبة مقررة حقاً لله تعالى أنها مقررة لصالح الجماعة وحماية نظامها والفقهاء حينما يسمون العقوبة لله جل شأنه ، و يقولون إنها حق لله يعنون بذلك أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة

وتعتبر العقوبة حقاً لله تعالى كلما استوجبتها المصلحة العامة ، وهى دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة لهم ، فكل جريمة يرجع فسادها إلى العامة ، وتعود منفعة عقوبتها إليهم ، تعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله تأكيداً لتحصيل المنفعة ودفع المضرة والفساد ، لأن اعتبار العقوبة لله يؤدى إلى عدم إسقاطها بإسقاط الأفراد والجماعة لها [٢]

٤٧٨ - الحد والجناية: ويعبر بعض الفقهاء عن جريمة الحد بلفظ الجناية ، ويكتبون عن جرائم الحدود تحت عنوان الجنايات [٣] والجناية لغة اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه وفى الاصطلاح الفقهى اسم لفعل محرم شرعاً ، ولفظ الجناية مرادف اصطلاحاً للفظ الجريمة ، ولما كانت الحدود جرائم فقد صح أن

(١) المرجع السابق

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١١٢ ، ١١٣ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٥٦

(٣) الوجيز للغزالى جـ ٢ ص ١٦٤ بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣

تسمى بالجنايات ، ولا يغير من ذلك أن عقوباتها مقدرة لأن تسمية الجريمة بالحد إنما هى تسمية مجازية كما قلنا من قبل

ويبقى بعد ذلك أن نعرف أنه إذا كان كل حد جناية ، فإن كل جناية ليست حدا ، لأن من الجنايات جرائم التعازير وعقوباتها غير مقدرة ، وإذا لم تكن عقوبة الجريمة مقدرة فالجريمة ليست حداً بل إنها لا تكون حداً إلا إذا كانت عقوبتها مقررة حقاً لله تعالى على الرأى المشهور

٤٧٩ — جرائم الحدود جرائم الحدود سبع وهى —

(١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحرابة أو المحاربة (٦) الردة (٧) البغى

وهذا ما يراه جمهور الفقهاء ، ولكن ابن حزم يخرج البغى من جرائم الحدود ويدخل جريمة جحد العارية[1]

وسنخصص لكل جريمة من هذه الجرائم كتابا ، أما جريمة جحد العارية فسنتناولها أثناء الكلام على جريمة السرقة إذ أن مايعتبره ابن حزم جحداً للعارية يعتبره جمهور الفقهاء سرقة

(١) المحلى لابن حزم ج ١١ ص ١١٨ ، ٣٢٣

الكتاب الأول

فى الـــزنا

تمهيد

٤٨٠ — الزنا فى الشريعة والقانون . تختلف جريمة الزنا فى الشريعة الإسلامية عنها فى القوانين الوضعية ، فالشريعة الإسلامية تعتبر كل وطء محرم زنا وتعاقب عليه سواء حدث من متزوج أو غير متزوج ، أما القوانين الوضعية فلا تعتبر كل وطء محرم زنا ، وأغلبها يعاقب بصفة خاصة على الزنا الحاصل من الزوجين فقط كالقانون المصرى والقانون الفرنسى ، ولا تعتبر ما عدا ذلك زنا وإنما تعتبره وقاعاً أو هتك عرض

ولا يعاقب القانون المصرى على الوقاع إلا فى حالة الاغتصاب ، فإن كان بالتراضى فلا عقاب عليه ما لم يكن الرضا معيباً .

ويعتبر القانون المصرى الرضا معيباً إذا لم يبلغ المفعول به ثمانية عشر عاماً كاملة — ولو وقعت الجريمة بناء على طلبه هو — فإن بلغها اعتبر رضاه صحيحاً ، والعقوبة فى حالة الرضا المعيب بسيطة لأن الفعل يعتبر جنحة

ويدخل اللواط فى هتك العرض طبقاً لقانون العقوبات المصرى سواء لاط الفاعل بامرأة أو برجل

ويعاقب القانون المصرى الرجل والمرأة معاً فى حالة الزنا ، أما فى الوقاع وهتك العرض فلا يعاقب القانون إلا طرفاً واحداً هو الفاعل سواء أتى المفعول به فى القبل أو فى الدبر ، وعلة ذلك أن القانون يبيح الفعل طالما كان مصحوباً برضاء المفعول به ، فإن كان رضاه منعدماً أو معيباً اعتبر مجنياً عليه لا جانياً

٤٨١ - أساس عقوبة الزنا فى الشريعة والقانون: وتعاقب الشريعة الإسلامية على الزنا باعتباره ماساً بكيان الجماعة وسلامتها ، إذ أنه اعتداء شديد على نظام الأسرة ، والأسرة هى الأساس الذى تقوم عليه الجماعة ، ولأن فى إباحة الزنا إشاعة للفاحشة وهذا تؤدى إلى هدم الأسرة ثم إلى فساد المجتمع وانحلاله ، والشريعة تحرص أشد الحرص على بقاء الجماعة متماسكة قوية.

أما العقوبة فى القوانين الوضعية فأساسها أن الزنا من الأمور الشخصية التى تمس علاقات الأفراد ولا تمس صوالح الجماعة ، فلا معنى للعقوبة عليه مادام عن تراض ، إلا إذا كان أحد الطرفين زوجاً ففى هذه الحالة يعاقب على الفعل صيانة لحرمة الزوجية.

٤٨٢ - الواقع يشهد للشريعة: ولعل ماحدث فى أوربا والبلاد الغربية عامة يؤيد نظرية الشريعة فقد تحللت الجماعات الأوربية وتصدعت وحدتهم وذهب ريحهم وما ذلك من سبب إلا شيوع الفاحشة والفساد الخلقى والإباحية التى لا تعرف حداً تنتهى إليه ، وما أشاع الفاحشة وأفسد الأخلاق ونشر الإباحية إلا إباحة الزنا وترك الأفراد لشهواتهم واعتبار الزنا من الأمور الشخصية التى لا تمس صالح الجماعة.

ولعل أشد ماتواجهه البلاد غير الإسلامية اليوم من أزمات اجتماعية وسياسية يرجع إلى إباحة الزنا ، فقد قل النسل فى بعض الدول قلة ظاهرة تنذر بفناء هذه الدول أو توقف نموها ، وترجع قلة النسل أولا وأخيراً إلى امتناع الكثيرين عن الزواج ، وإلى العقم الذى انتشر بين الأزواج.

ولا يمتنع الرجل عن الزواج إلا لأنه يستطيع أن ينال من المرأة ما يشاء فى غير حاجة إلى الزواج ، ولأنه لا يثق فى أن المرأة ستكون له وحده بعد الزواج ، وقد اعتاد أن يجدها مشاعاً بينه وبين الغير قبل الزواج.

والمرأة التى كانت أمنيتها الأولى الزواج ، ووظيفتها التى خلقت من أجلها إدارة البيت وتربية الأولاد ، هذه المرأة أصبحت فى كثير من الأحوال تنفر من

الزواج ولا ترضى أن تستأسر لرجل تنال ما عنده ، بينما هى تستطيع أن تنال ما عند عشرات الرجال دون أن تثقل نفسها بالقيود والأغلال

وقد أدى شيوع الزنا إلى مقاومة الحمل من جهة وانتشار الأمراض السرية من جهة أخرى ، وإذا كانت مقاومة الحمل تؤدى فى كثير من الأحوال إلى عقم النساء ، فإن انتشار الأمراض السرية يؤدى فى الغالب إلى عقم الرجال والنساء على السواء

وكانت المرأة تعيش فى كنف الرجل فى ظل الزواج ، فلما أضرب الرجال عن الزواج كان لابد للمرأة من أن تعيش ، فاضطرت إلى مزاحمة الرجل فى ميدان العمل لتنال قوتها ، فأدى هذا إلى تفشى البطالة وشيوع المبادىء الهدامة وألقى شعوب أوربا فى بحر لجى يزخر بالفوضى والاضطراب

ويستطيع الإنسان أن يرتب على هذه المفاسد الاجتماعية نتائجها الخطيرة دون أن يخطىء الحساب ، ولو تدبر هذه النتائج القائلون بأن الزنا علاقة شخصية لعلموا أن الزنا من أخطر الجرائم الاجتماعية ، وأن مصلحة الجماعة تقتضى تحريمه فى كل الصور ، والمعاقبة عليه أشد العقاب ، وعلى هذا الأساس حرمت الشريعة الإسلامية الزنا لتتجنب الوصول إلى تلك النتائج المخيفة ، وقررت أشد العقوبات للزناة حتى أنها اعتبرت من يزنى بعد إحصانه غير صالح للبقاء لأنه مثل سىء وليس للمثل السىء فى الشريعة حق البقاء

ولقد كانت البلاد الإسلامية على العموم أكثر البلاد إقبالاً على الزواج وبعداً عن الإباحية ولكن إباحة الزنا فيها على الطريقة الأوربية نقل إليها نفس الأمراض التى يشكو منها المجتمع الأوربى ، فقد أصبح الرجال يعرضون عن الزواج لأنهم ينالون حاجتهم من المرأة دون زواج ، وبدأت المرأة لا تهتم بالاتصال بالرجل كزوج لأنها تستطيع أن تتصل به كما تشاء من غير طريق الزواج ، وقد صحب الإعراض عن الزواج قلة النسل والعقم وتفشى الأمراض السرية وبدأ النساء يتطلعن إلى مساواتهن بالرجال ، ويزاحمنهم فى شتى الأعمال ، وانحط مستوى الأخلاق

والآداب العامة، وغاض الحياء من الوجوه والنفوس، ولا علاج لهذا كله إلا بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وتطبيق أحكامها ونبذ القوانين الوضعية والمبادىء الواهية التي تقوم عليها .

الفصل الأول

في أركان جريمة الزنا

٤٨٣ - تعريف الزنا : يعرف الزنا عند المالكيين بأنه وطء مكلف فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق تعمداً [١]

ويعرفه الحنفيون بأنه وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك [٢]

ويعرفه الشافعيون بأنه إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال من الشبهة مشتهى طبعاً [٣]

ويعرفه الحنابلة بأنه فعل الفاحشة في قبل أو دبر [٤]

ويعرفه الظاهريون بأنه وطء من لا يحل النظر إلى مجردها مع العلم بالتحريم أو هو وطء محرمة العين [٥]

ويعرفه الزيديون بأنه إيلاج فرج في فرج حي محرم قبل أو دبر بلا شبهة [٦]

٤٨٤ - أركان جريمة الزنا : ظاهر مما سبق أن الفقهاء يختلفون في تعريف الزنا ، ولكنهم مع هذا الاختلاف يتفقون في أن الزنا هو الوطء المحرم المتعمد ومؤدى هذا أنهم متفقون على أن لجريمة الزنا ركنين أولهما الوطء المحرم، وثانيهما تعمد الوطء أو القصد الجنائي .

(١) شرح الزرقاني وحاشية البناني ج ٨ ص ٧٤ ، ٧٥ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٠ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣١٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٨ - الزيلعي ج ٣ ص ١٦٣ - البحر الرائق ج ٥ ص ٣ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٣ - شرح البحيرمي على المنهج ج ٤ ص ٩٧

(٤) الإقناع ج ٤ ص ٢٥ - المغني والشرح الكبير ج ١ ص ١٥١

(٥) المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٢٢٩ ، ٢٥٦

(٦) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦

وسنتناول أثناء الكلام على هذين الركنين وجوه الخلاف بين الفقهاء .

الركن الأول

الوطء المحرم

٤٨٥ - الوطء المعتبر زنا : هو الوطء في الفرج ، بحيث يكون الذكر في الفرج كالميل في المكحلة والرشاء في البئر ، ويكفي لاعتبار الوطء زنا أن تغيب الحشفة على الأقل في الفرج أو مثلها إن لم يكن للذكر حشفة ولا يشترط على الرأي الراجح أن يكون الذكر منتشراً

وإدخال الحشفة أو قدرها يعتبر زنا ولو دخل الذكر في هواء الفرج ولم يمس جدره، كما أنه يعتبر زنا سواء حدث إنزال أم لم يحدث

ويعتبر الوطء زنا ولو كان هناك حائل بين الذكر والفرج مادام هذا الحائل خفيفاً لا يمنع الحس واللذة[١]

والقاعدة أن الوطء المحرم المعتبر زنا هو الذي يحدث في غير ملك ، فكل وطء من هذا القبيل زنا عقوبته الحد مالم يكن هناك مانع شرعي من هذه العقوبة

أما إذا حدث الوطء أثناء قيام الملك فلا يعتبر الفعل زنا ولو كان الوطء محرماً ، لأن التحريم في هذه الحالة عارض ، فوطء الرجل زوجته الحائض أو النفساء أو الصائمة أو المُحْرِمة أو التي ظاهر منها أو آلى منها كل ذلك محرم ولكنه لا يعتبر زنا[٢]

(١) راجع في كل ماسبق شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٥ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ١٩٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٢ المغني والشرح الكبير ج ١٠ ص ١٥١ - الإقناع ج ٤ ص ٢٥٢ - المحلى ج ١١ ص ٢٢٩ ، ٣٩١ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٠٤ - أسنى المطالب ج ٥ ص ١٢٦ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ١ ١ [illegible] - الشرح الكبير ج ١ ص ١٥١ - مطالب الصالح ج ٧ ص ٣٥ - المحلى ج ١١ ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦

وإذا لم يكن الوطء على الصفة السابقة فلا يعتبر زنا يعاقب عليه شرعاً بالحد وإنما يعتبر معصية يعاقب عليها بعقوبة تعزيرية ملائمة [(١)] ، ولو كانت المعصية في ذاتها مقدمة من مقدمات الزنا كالمفاخذة أي الإيلاج بين الفخذين ، وكالمباشرة خارج الفرج ، كذلك يعزر على كل ما يعتبر معصية ولو لم يكن وطأ في ذاته كالقبلة والعناق والخلوة بالمرأة الأجنبية والنوم معها في فراش واحد لأن هذه جميعاً أفعال محرمة كما أنها من مقدمات الزنا [(٢)]

والأصل في الشريعة الإسلامية أن من حرمت مباشرته في الفرج لاعتباره زانياً أو لائطاً حرمت مباشرته فيما دون الفرج باعتباره عاصياً لقوله تعالى ﴿ والذينَ هُم لفروجِهم حافظون إلاَّ على أزواجهم أو ما مَلَكت أيمانهم فإنهم غيرُ ملومينَ فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ﴾ [(٣)]

وتحرم الشريعة الخلوة بامرأة غير محرم وذلك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا يخلون أحدكم بامرأة ليست له بمحرم فإن ثالثهما الشيطان» [(٤)] فإذا حرمت الخلوة بها فلأن تحرم المباشرة أولى

ومن القواعد الأصولية في الشريعة قاعدة أن ما أدى للحرام فهو حرام ، فإن فعل الجاني ما لا يوجب الحد فعقوبته التعزير سواء كان ما فعله وطئاً لم تتم شروطه كالإيلاج بين الفخذين أو في الفم ، أو كان ما فعله ليس وطئاً كالخلوة بالمرأة الأجنبية ، وكالعناق والقبلة والنوم معها في فراش واحد ، لأن هذه جميعاً أفعال محرمة فضلا عن أنها من مقدمات الزنا وتؤدي إليه

---

(١) راجع ما كتبناه عن المعاصي والعقود والتعازير في الجزء الأول من التشريع الجنائي الإسلامي ص ٧٨ ، ١٢٦

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ص ٣١٣ ـ شرح فتح القدير ج ٤ص١٥٠ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ـ الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦ ٢ ـ الإقناع ج٤ ص٢٥٣ المغني والشرح الكبير ج ١ ص١٦٣ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ـ المحلى ج١١ ص٢٢٩

(٣) المؤمنون ٥ـ ٧

(٤) رواه أحمد

وإذا استطعنا تطبيق القواعد السابقة أن نعرف الأفعال المحرمة فمن السهل أن نعرف بعد ذلك ما يعتبر منها وطئاً وما يعتبر من هذا الوطء زنا

ونلاحظ أن الشريعة إذا كانت تفرق بين الوطء وما دونه وتعاقب على الأول بعقوبة الحد وعلى الثانى بعقوبة تعزيرية ، فإن الشريعة مع هذا تعتبر الفعل فى الحالين جريمة تامة ، ولا تعتبر الوطء جريمة تامة وما دون الوطء شروعاً فى الجريمة كما هو الحال فى القوانين الوضعية [1]

٤٨٦ — الوطء فى الدبر . ويستوى عند مالك والشافعى وأحمد والشيعة والزيدية أن يكون الوطء المحرم فى قبل أو دبر من أنثى أو رجل ، ويشاركهم فى هذا الرأى محمد وأبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة [2] وحجتهم فى التسوية أن الوطء فى الدبر مشارك للزنا فى المعنى الذى يستدعى الحد وهو الوطء المحرم ، فهو داخل تحت الزنا دلالة فضلا عن أن القرآن سوى بينهما فقال جل شأنه والخطاب موجه لقوم لوط ﴿ إنكم لتأتون الفاحشة ﴾ [3] وقال ﴿ إنكم لتأتون الرجال شهوةً من دون النساء ﴾ [4] وقال ﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم ﴾ [5] وقال ﴿ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ﴾ [6] فجعل الوطء فى الدبر فاحشة ، والوطء فى القبل فاحشة فسمى أحدهما بما سمى به الآخر ، وروى أبو موسى الأشعرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان ، وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان » [7]

---

(١) فصلنا الكلام عن هذه الملاحظة فى الجزء الأول من التشريع الجنائى الإسلامى ص ٣٤٣ ، ٣٤٦

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٥ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ — المغنى ج ١٠ ص ١٦٠ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤

(٣) العنكبوت ٢٨ (٤) الأعراف ٨١ (٥) النساء ١٥

(٦) النساء ١٦

(٧) أخرجه البيهقى وفى إسناده محمد بن عبد الرحمن ، وقال لا أعرفه والحديث منكر بهذا الإسناد ورواه أبو الفتح الأزدى فى الضعفاء والطبرانى فى الكبير من وجه آخر وفيه المفضل البجلى وهو مجهول وأخرجه أبو داود الطيالسى فى مسنده عنه « يراجع » فى كل ما سبق نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠

ويرى أبو حنيفة أن الوطء في الدبر لا يعتبر زنا سواء أكان الموطوء ذكراً أم أنثى، وحجته أن الإتيان في القبل يسمى زنا والإتيان في الدبر يسمى لواطاً واختلاف الأسامي دليل على اختلاف المعاني، ولو كان اللواط زنا ما اختلف أصحاب الرسول في شأنه، فضلا عن أن الزنا يؤدي إلى اشتباه الأنساب وتضييع الأولاد وليس الأمر كذلك في اللواط كما أن العقوبة تشرع دائماً لما يغلب وجوده والزنا وحده هو الغالب لأن الشهوة المركبة في الرجل والمرأة تدعو إليه، أما اللواط فليس في طبيعة المحل مايدعوا إليه[1].

أما الظاهريون فلا يرون اللواط زنا وإنما يرونه معصية فيها التعزير وحجتهم أن اللواط غير الزنا وأنه لم يرد نص ولا أثر صحيح يعطي اللواط حكم الزنا[2].

٤٨٧ — وطء الزوجة في دبرها: ومن المتفق عليه أن إتيان الزوجة في دبرها لا يعاقب عليه بعقوبة الحد لأن الزوجة محل للوطء، ولأن الرجل يملك وطء زوجته.

ولكن الفقهاء اختلفوا في تكييف الفعل فيرى أحمد، وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة أن الفعل زنا يعاقب عليه أصلا بعقوبة الحد، ولكن هذه العقوبة تدرأ لشبهة الملك وللاختلاف في حلية الفعل[3] ومن ثم يعاقب على الفعل بعقوبة تعزيرية

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤ وشرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥

(٢) المحلى ج ١١ ص ٣٨ ، ٣٨٥

(٣) يعتبر الفقهاء القائلون بالشبهة أن الاختلاف على حل الفعل وحرمته يعتبر بذاته شبهة تدرأ الحد ويرجع الخلاف في الحكم إلى اختلافهم في تفسير قوله تعالى (ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله إن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين. نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم واتقوا الله واعلموا أنكم ملاقوه وبشر المؤمنين) فقد روي عن ابن عمر أنه لا يرى بأساً من إتيان الزوجة في دبرها وروي جواز ذلك عن الشافعي ومالك، وكذبت الرواية عن ابن عمر وعن الشافعي، وقيل إن الشافعي قال بذلك في القديم ومن أصحاب مالك لا يروون عنه هذه الرواية، وقد أفتى متأخرو أصحابه بالتحريم أما جمهور الفقهاء فيرون تحريم إتيان الزوجة في الدبر مستدلين بنص القرآن وما ورد في التحريم من أحاديث صحيحة يقوي بعضها بعضاً. ويراجع نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢ وما بعدها والمحلى ج ١ ص ٦٩ ، ٧ .

ويرى المالكيون والشافعيون والشيعة الزيدية أن الفعل لا يعتبر زنا لأن الزوجة محل لوطء الزوج وللزوج أن يستمتع بها، ولكن المالكيين والزيديين يرون أن الفعل مع ذلك محرم ويعاقب عليه بعقوبة تعزيرية أما الشافعيون فلا يرون التعزير على الفعل إلا عند العودة له بعد نهى الحاكم عنه، فالحرمة عندهم حرمة اعتيادية ولا تقع إلا بعد النهى عنها، فإذا لم يكن نهى فلا عقاب لأن الفعل قبل النهى مختلف فى إباحته، على أن بعضهم يرى العقوبة على تكرار الفعل ولا يصرح باشتراط النهى عن الفعل ومعنى ذلك أن الفعل عندهم محرم، لاشك فى تحريمه فلا حاجة لأن ينهى عنه الحاكم

ويرى أبو حنيفة أن الفعل لا يعتبر زنا للأسباب التى سبق بيانها ولكنه معصية يعاقب عليها بالتعزير

وكذلك الأمر عند الظاهريين فهم لا يعتبرون الإتيان فى الدبر بصفة عامة زنا ولكنهم يرونه معصية يعزر عليها[1]

٤٨٨ — وطء الأموات . — ووطء المرأة الأجنبية الميتة لا يعتبر زنا عند أبى حنيفة، وكذلك استدخال المرأة ذكر الأجنبى الميت فى فرجها، وهذا القول رأى فى مذهب الشافعى وأحمد

والقائلون بذلك يوجبون التعزير فى الفعل، وحجتهم أن الوطء فى الميتة ومن الميت كلاً وطء لأن عضو الميت مستهلك، ولأنه عمل تعافه النفس ولا يشتهى عادة، فلا حاجة إلى الزجر عن الفعل، والحد إنما يجب للزجر، وعلى هذا الرأى الشيعة الزيدية[2]

والرأى الثانى فى مذهبى الشافعى وأحمد يقوم على أن الفعل يعتبر زنا يجب فيه الحد إذا لم يكن بين زوجين لأنه وطء محرم بل هو أعظم من الزنا وأكثر

(١) يراجع فى كل ما سبق مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩١ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ — المغنى ج ١ ص ١٦٢ — المحلى ج ١١ ص ٣٨٠ وج ١ ص ٦٩ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٥ ٤ — المغنى ج ١ ص ١٥٢ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦

إثماً ، حيث انضم إلى الفاحشة هتك حرمة الميت[١] وأصول الظاهريين تقتضى أن يكون رأيهم متفقاً مع هذا الرأى

ويرى مالك أن من أتى ميتة فى قبلها أو دبرها حال كونها غير زوج له فإنه يعتبر زانياً ويعاقب بعقوبة الزنا لالتذاذه بذلك الفعل ، بخلاف من وطأ زوجته الميتة فإنه لاحد عليه وبخلاف إدخال المرأة ذكر ميت غير زوج فى فرجها فإنها تعزر ولا تحد فيما يظهر لعدم اللذة[٢]

٤٨٩ — وطء البهائم — ووطء البهائم والحيوانات على العموم لا يعتبر زنا عند مالك وأبى حنيفة ولكنه معصية فيها التعزير ، وفى حكمه أن تمكن المرأة من نفسها حيوانا كقرد مثلا ، ولا يرون الفعل زنا لأن اعتباره كذلك يوجب فيه عقوبة الحد وهى مشروعة للزجر ، وإنما يحتاج للزجر فيما طريقه منفتح سالك ، وهذا ليس كذلك لأنه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وإن اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشبق ، فالفعل إذن لا يفتقر إلى الزاجر لزجر الطبع عنه[٣]

والشافعى وأحمد رأيان أرجحهما يتفق مع رأى أبى حنيفة ومالك ، والرأى الثانى يعتبر الفعل زنا ولكنه يعاقب عليه بالقتل فى كل الأحوال وسند هذا الرأى ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « ومن أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » وهو حديث لا يصححه الكثيرون[٤]

وبعض الشافعيين يعتبر الفعل زنا قياساً على إتيان الرجل المرأة ويجعلون عقوبة المحصن الرجم وعقوبة غير المحصن الجلد والتغريب[٥] وهذا الذى يراه بعض الشافعيين هو الرأى الراجح فى مذهب الشيعة الزيدية وإن كان بعضهم يرى مايراه مالك وأبو حنيفة[٦] .

(١) نهاية المحتاج ح ٧ ص ٤٠٥ — المغنى ح ١٠ ص ١٥٢
(٢) شرح الزرقانى حـ ٨ ص ٧٦
(٣) شرح الزرقانى حـ ٨ ص ٧٨ — شرح فتح القدير حـ ٤ ص ١٥٢
(٤) المغنى حـ ١ ص ١٦٣ — نهاية المحتاج حـ٧ص ٤٠٥ — أسنى المطالب حـ٤ ص١٢٦
(٥) نهاية المحتاج حـ ٨ ص ٤٠٥
(٦) شرح الازهار حـ ٤ ص ٣٣٦

والشافعيون والحنابلة يرون أن المرأة التي تمكن من نفسها حيوانا ، عليها ما على واطيء البهيمة[1] على أن بعض الشافعيين يصرحون بأن ليس على المرأة إلا التعزير[2]

ويرى الحنابلة في كل الأحوال قتل البهيمة المأتية سواء عزر الواطيء أو قتل ومن يرى من الشافعيين قتل الواطيء يرى أيضاً قتل البهيمة ، أما الزيديون فيكرهون لحمها وشرب لبنها ولا يرون قتلها[3]

ويرى الظاهريون أن واطيء البهيمة ليس زانيا ، لأن فعله ليس زنا ، ولم يرد نص بإلحاقه بالزنا ، ولكن لما كان وطء البهيمة محرماً أصلا ففاعل ذلك فاعل منكر ومرتكب معصية عقوبتها التعزير وليس في فعله ما يبيح قتل البهيمة أو ذبحها[4]

٤٩٠ — وطء الصغير والمجنون امرأة أجنبية : ـ لاحد على الصغير أو المجنون في وطء المرأة الأجنبية لعدم أهليتهما ، إذ الصغير لا يؤخذ بالحد إلا بعد بلوغه ، والمجنون لا يؤخذ به إلا في حال إفاقته ، على أن الصغير يعزر على الفعل إن كان مميزاً

وقد اختلف في حكم المرأة التي يطؤها الصبي أو المجنون ، فرأى أبو حنيفة أن المرأة التي يطؤها الصبي أو المجنون لاحد عليها ولو كانت مطاوعة وإنما عليها التعزير ، وحجته أن الحد يجب على المرأة ليس لأنها زانية فإن فعل الزنا لا يتحقق منها إذهي موطوءة وليست بواطئة ، وتسميتها في القرآن زانية مجاز لا حقيقة إنما يجب عليها الحد لكونها مربياً بها ، ولما كان فعل الصبي والمجنون لا يعتبر زنا عند أبي حنيفة فلا تكون مربياً بها[5]

(١) الإقناع ج ٤ ص٢٥٣ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦
(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٤
(٣) أسنى المطالب ج٤ ص١٢٥ ـ المغني ج١٠ ص١٦٤ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص٣٣٦ ، ٣٣٧
(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٨٦ ، ٣٨٨
(٥) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٦ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤

ويرى مالك رأى أبى حنيفة فى حالة ما إذا كان الواطىء صبياً ، ولكنه يرى حد المرأة إذا طاوعت المجنون ، وحجته فى هذه التفرقة أن المرأة تنال اللذة من المجنون ولا تنال من الصبى[1] .

أما الشافعى فيرى أن تحد المرأة فى الحالتين ولو لم يعاقب الصبى والمجنون ، لأن العقاب امتنع عن الصبى والمجنون لمعنى يخصه هو ، فليس للمرأة - وقد ارتكبت الجريمة - أن تستفيد من ظروف شريكها الخاصة ، وعلى هذا الرأى الظاهريون والزيديون[2] .

ويرى زفر من أصحاب أبى حنيفة رأى الشافعى ، وهو رواية عن أبى يوسف وحجتهما أن كلا من الزانى والزانية مؤاخذ بفعله ، وقد فعلت المرأة ما هى به زانية ، لأن حقيقة زناها اقتضاء شهوتها بآلته وقد وجد ذلك[3]

وفى مذهب أحمد رأيان أرجحهما يتفق مع مذهب الشافعى ، والثانى يفرق كمذهب مالك بين ما إذا كان الواطىء صبياً أو مجنوناً ، ويرى أصحاب هذا الرأى الثانى أن تحد المرأة إذا طاوعت المجنون ولا تحد إذا وطئها صبى لم يبلغ سنه عشر سنوات ، فإذا بلغ هذه السن حدّت ويؤخذ على هذا الرأى أنه قائم على تحديد السن، والتحديد إنما يكون بالتوقيف أى بنص، ولا توقيف فى هذا الأمر[4]

٤٩١ — وطء العاقل البالغ صغيرة أو مجنونة : واختلف أيضاً فى وطء العاقل البالغ لصغيرة أو مجنونة ، فيرى مالك أن الواطىء يحد لإتيان المجنونة الكبيرة ، ويحد كذلك لإتيان الصغيرة مجنونة أو غير مجنونة كلما أمكنه وطؤها ولو كان الوطء غير ممكن لغيره ، فإذا لم يكن وطء الصغيرة ممكناً للواطىء فلا حد وإنما يعزر على الفعل[5]

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٨
(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ — المحلى ج ١١ ص ١٠٦ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٨
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٦ (٤) المغنى ج ١٠ ص ١٥٢
(٥) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٦

ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن العاقل البالغ إذا زنى بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها وجب عليه الحد لأن فعله زنا ، ولأن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه[1] .

ويختلف مذهب مالك عن مذهب أبي حنيفة في أن مالكا يجعل الحد منوطاً بإمكان الجاني وطء الصغيرة ولو كان مثلها لا يجامع، أو لو كان الوطء غير ممكن لغيره ، بينما يجعله أبو حنيفة منوطاً بصلاحية الصغيرة للجماع بصفة عامة

ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب أبي حنيفة في هذه الناحية[2] .

ويرى الشافعيون حد العاقل البالغ إذا زنى بمجنونة أو صغيرة مادام الوطء قد حدث فعلا ولا يقيدون العقوبة بأي قيد[3] وعلى هذا مذهب الظاهريين[4] .

وفي مذهب أحمد رأيان يتفق أحدهما مع مذهب الشافعي، أما الثاني فيخالفه في حالة وطء الصغيرة مجنونة أو غير مجنونة ، ويفرق أصحاب هذا الرأي بين ما إذا كانت الصغيرة يمكن وطؤها أو لا يمكن ، فإن كان الوطء ممكناً فهو زنا يوجب الحد لأنها كالكبيرة في ذلك ، وإن كانت الصغيرة لا تصلح للوطء فلا حد على من وطئها وإنما عليه التعزير ، وبعض أصحاب هذا الرأي يحدد سن الصغيرة التي لا تصلح للوطء بتسع سنوات ، وحجته أن الصغيرة لا تشتهى في هذه السن ، وأن وطأها يشبه مالو أدخل إصبعه في فرجها[5]

والقائلون بحد المرأة إذا وطئها صبي أو مجنون وبحد الرجل إذا وطىء مجنونة أو صبية يتفق رأيهم مع نص المادة (٣٩) من قانون العقوبات المصري وهي تقضي بأن الظروف الخاصة بأحد الفاعلين لا تتعدى أثرها إلى غيره منهم .

على أن القائلين بالرأي المضاد لا يخالفون هذا المبدأ لذاته ، ولكنهم يطبقون

(١) شرح فتح القدير حـ ٤ ص ١٥٦
(٢) شرح الأزهار حـ ٢ ص ٣٣٨
(٣) أسنى المطالب حـ ٢ ص ١٢٨
(٤) المحلى حـ ١٠ ص ٤٧١ ، حـ ١١ ص ٢٥٦
(٥) المغني حـ ١٠ ص ١٥٢

قاعدة درء الحدود بالشبهات ، إذ يرون أن الجريمة لا تقع إلا من اثنين بطبيعة الحال ولا يمكن أن تتم إلا باجتماعهما ، ويرون فى إعفاء أحدهما من العقوبة شبهة فى حق الآخر تدعو إلى درء الحد عنه والاكتفاء بتعزيره .

٤٩٢ - الوطء بشبهة . - لا يصحح الظاهريون ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قوله « ادرؤوا الحدود بالشبهات »[1] ولذلك فهم يرون أن الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة ولا أن تقام بشبهة وإنما هو الحق لله تعالى ولا مزيد ، فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام »[2] وإذا ثبت الحد لم يحل أن يدرأ بشبهة ،[3] لقول الله تعالى ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فلا تعتدوها ﴾[4].

أما باقى الفقهاء فيصححون حديث « ادرؤوا الحدود بالشبهات » وهم متفقون على أن الوطء بشبهة لا حد فيه ، ولكنهم اختلفوا فيما يعتبر شبهة ، وأساس الخلاف فى اعتبار الشبهة هو الاختلاف فى التقدير فيرى البعض أن حالة معينة تعتبر شبهة ، ويرى البعض أنها لا تعتبر كذلك .

---

(١) حديث ادرؤوا الحدود بالشبهات، روى عن على مرفوعا وفيه المختار بن نافع وقال عنه البخارى إنه منكر الحديث ، وأصح ما جاء فيه حديث سفيان الثورى عن عاصم عن أبى وائل عن عبد الله بن مسعود قال « ادرؤوا الحدود بالشبهات . ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم » وروى عن عقبة بن عامر ومعاذ أيضاً موقوفا وروى منقطعا وموقوفا على عمر ورواه ابن حزم فى كتاب الاتصال عن عمر موقوفاً عليه ، وروى من طرق أخرى أثبتها مؤلف نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٩ - ويعضد ذلك الحديث المروى عن أبى هريرة « ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا » رواه ابن ماجه والحديث المروى عن عائشة « ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة » رواه الترمذى والحاكم والبيهقى .

(٢) رواه البخارى ومسلم وغيرهما

(٣) المحلى ج ١١ ص ١٥٣ (٤) البقرة ٢٢٩

والشبهة هى ما يشبه الثابت وليس بثابت وقد اهتم الحنفيون والشافعيون بتقسيم الشبهة وتنويعها بينما لم يهتم غيرهم من الفقهاء بهذا الأمر، واكتفوا بإيراد مايعتبر شبهة وعلة اعتباره شبهة ، على أن الشبهات عند الجميع لايمكن حصرها لأن أساسها فى الغالب الوقائع وهى لا تحصر

وقسم الشافعيون الشبهة ثلاثة أقسام (١)

١ ـ *شبهة فى المحل* : كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة أو إتيان الزوجة فى دبرها ، فالشبهة هنا قائمة فى محل الفعل المحرم ، لأن المحل مملوك للزوج ومن حقه أن يباشر الزوجة ، وإذا لم يكن له أن يباشرها وهى حائض أو صائمة أو أن يأتيها فى الدبر إلا أن ملك الزوج للمحل وحقه عليه يورث شبهة ، وقيام هذه الشبهة يقتضى درء الحد سواء اعتقد الفاعل حل الفعل أو حرمته ، لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن ، وإنما أساسها حل الفعل وتسلط الفاعل شرعاً عليه

٢ ـ *شبهة فى الفاعل* كمن يطأ امرأة زفت إليه على أنها زوجته ثم تبين أنها ليست زوجته وأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده بحيث يأتى الفعل وهو يعتقد أنه لا يأتى محرماً ، فقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها درء الحد أما إذا أتى الفاعل الفعل وهو عالم بأنه محرم فلا شبهة

٣ ـ *شبهة فى الجهة أو الطريق* ويقصد من هذا التعبير الاشتباه فى حل الفعل وحرمته ، وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على الفعل ، فكل ما اختلفوا على حله أو جوازه كان الاختلاف فيه شبهة يدرأ بها الحد ، فمثلا يجيز أبو حنيفة النكاح بلا ولى، ويجيز مالك النكاح بلا شهود ، ويجيز ابن عباس نكاح المتعة، ولا يجيز جمهور الفقهاء هذه الأنكحة،ونتيجة هذا الخلاف أن لا حد على الوطء فى تلك الأنكحة المختلف عليها،لأن الخلاف يقوم شبهة تدرأ الحد ،

---

(١) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٢٦

ولو كان الفاعل يعتقد حرمة الفعل ، لأن هذا الاعتقاد فى ذاته ليس له أثر مادام الفقهاء مختلفين على الحل والحرمة .

ويقسم الحنفيون الشبهة قسمين

الأول - الشبهة فى الفعل [1] . ويسمونها شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة ، وهى شبهة فى حق من اشتبه عليه الفعل دون من لم يشتبه عليه . وتتحقق هذه الشبهة فى حق من اشتبه عليه الحل والحرمة ، ولم يكن ثمة دليل سمعى يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا ، كمن يطأ زوجته المطلقة ثلاثا أو بائنا على مال فى عدتها وتعليل ذلك أن النكاح إذا كان قد زال فى حق الحل أصلا لوجود المبطل لحل المحلية وهو الطلاق ، فإن النكاح قد بقى فى حق الفراش والحرمة على الأزواج فقط ، ومثل هذا الوطء حرام فهو زنا يوجب الحد إلا إذا ادعى الواطىء الاشتباه وظن الحل ، لأنه بنى ظنه على نوع دليل وهو بقاء النكاح فى حق الفراش وحرمة الأزواج فظن أنه بقى فى حق الحل أيضاً ، وهذا وإن لم يصلح دليلا على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلا اعتبر فى حقه درءاً لما يندرىء بالشبهات

ويشترط لقيام الشبهة فى الفعل أن لا يكون هناك دليل على التحريم أصلا ، وأن يعتقد الجانى الحل ، فإذا كان هناك دليل على التحريم ، أو لم يكن الاعتقاد بالحل ثابتاً فلا شبهة أصلا ، وإذا ثبت أن الجانى كان يعلم بحرمة الفعل وجب عليه الحد [2]

الثانى - الشبهة فى المحل : - ويسمونها الشبهة الحكمية أو شبهة الملك وتقوم

---

(١) يحصر الحنفيون شبهة الفعل فى جريمة الزنا فى ثمانية مواضع منها وطء المطلقة ثلاثا فى العدة أو بائنا على مال وكذا المختلعة - أما بقية المواضع فخاصة بالجوارى ولا محل لعرضها بعد إبطال الرق

وبقية الفقهاء يخالفون الحنفيين فى ذلك ولا يرون شبهة فى هذه المواضع الثمانية ، ومن ثم فهم لا يعرفون شبهة الفعل فى جريمة الزنا - راجع شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٧ - ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٢ - وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ - والمغنى ج ١٠ ص ١٥٤

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ ، ١٤٤ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٦

هذه الشبهة على الاشتباه فى حكم الشرع بحل المحل ، ويشترط فى هذه الشبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحكام الشريعة ، وهى تتحقق بقيام دليل شرعى ينفى الحرمة ، ولا عبرة بظن الفاعل ، فيستوى أن يعتقد الفاعل الحل أو يعلم الحرمة ، لأن الشبهة ثابتة بقيام الدليل الشرعى لا بالعلم وعدمه

ويحصر الحنفيون شبهة المحل فى جريمة الزنا فى ستة مواضع أحدهـا وطء المطلقة طلاقاً بائناً بالكنايات ، وبقية المواضع خاصة بوطء الجوارى ولا محل للتعرض لهـا بعد إبطال الرق ، ويعلل الحنفيون قيام الشبهة فى وطء المطلقة بائنا بالكنايات بأن زوال الملك بالإبانة وسائر الكنايات مجتهد فيه لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم ، والمعروف عن عمر أنه كان يقول فى الكنايات إنها رواجع ، والطلاق الرجعى لا يزيل الملك ، فاختلافهم أورث شبهة [1]

والشافعيون والحنابلة من رأى الحنفيين فى وطء المطلقة بائنا بالكنايات ، أما المالكيون فيرى بعضهم الرأى السابق بينما يرى البعض الآخر أن لا شبهة فى هذا الوطء [2]

قسم ثالث ويرى أبو حنيفة أن الشبهة تثبت أيضاً بالعقد ولو كان العقد متفقاً على تحريمه وكان الفاعل عالما بالتحريم وبالاتفاق عليه كما هو الحال فى نكاح المحارم .

فالشبهة إذن على رأى أبى حنيفة ثلاثة أنواع : شبهة فى الفعل ، وشبهة فى المحل ، وشبهة فى العقد

ولكن أصحاب أبى حنيفة لا يقولون بشبهة العقد وهم فى ذلك متفقون مع ما يراه جمهور الفقهاء [3] .

(١) نفس المرجع السابق .
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٢ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٥٤ ـ الإقناع ج ٤ ص ٢٥٤
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٣

٤٩٣ ـ وطء المحارم ـ ووطء المحارم زنا يجب فيه الحد ، فإذا تزوج شخص ذات محرم منه فالنكاح باطل اتفاقاً ، فإن وطئها فعليه الحد فى قول مالك والشافعى وأحمد والظاهريين والزيديين وفى قول أبى يوسف ومحمد من أصحاب أبى حنيفة

ولكن أبا حنيفة وحده يرى أن من تزوج امرأة لا يحل له نكاحها كأمه أو ابنته أو عمته أو خالته فوطئها لم يجب عليه الحد ولو اعترف بأنه يعلم بأنها محرمة عليه وإنما يعاقب على فعله بعقوبة تعزيرية

ويسقط أبو حنيفة الحد فى هذه الحالة للشبهة ، وبيان الشبهة أنه قد وجدت صورة المبيح وهو عقد النكاح الذى هو سبب للإباحة ، فإذا لم يثبت حكمه وهو الإباحة ، بقيت صورته شبهة دارئة للحد الذى يندرىء بالشبهات

ويرد على أبى حنيفة بأن الوطء حدث فى فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك ، والواطىء من أهل الحد عالم بالتحريم فلا عذر له ويلزمه الحد ، أما العقد فهو باطل ولا أثر له مطلقا فهو كأن لم يوجد وصورة المبيح إنما تكون شبهة إذا كانت صحيحة [1]

٤٩٤ ـ الوطء فى نكاح باطل : ـ وكل نكاح مجمع على بطلانه كنكاح خامسة أو متزوجة أو معتدة أو نكاح المطلقة ثلاثاً قبل أن تنكح زوجاً آخر ـ إذا وطىء فيه فهو زنا موجب للحد ، ولا عبرة بوجود العقد ولا أثر له ، وبذلك قال مالك والشافعى وأحمد والظاهريون والزيديون ، وهو ما قال به أبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة [2]

(١) راجع فى كل ما سبق شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٦ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ المغنى ج ١٠ ص ١٥٢ ـ المحلى ج ١١ ص ٢٥٦ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٨

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٦ ، ٧٧ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٤ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٥٤ ـ المحلى ج ١١ ص ٢٤٦ ، ٢٤٨ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٨

ولكن أبا حنيفة يرى أن وجود العقد شبهة تدرأ الحد ، ومن ثم فعقوبة الوطء عنده هي التعزير (١).

٤٩٥ - الوطء في نكاح مختلف عليه . - ولا يجب الحد في نكاح مختلف على صحته ، كنكاح المتعة والشغار والتحليل والنكاح بلا ولي أو شهود ونكاح الأخت في عدة أختها البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن ، لأن الاختلاف بين الفقهاء على صحة النكاح يعتبر شبهة في الوطء والحدود تدرأ بالشبهات إلا عند الظاهريين ولذلك فهم يرون الحد في كل وطء قام على نكاح باطل أو فاسد (٢).

٤٩٦ - الوطء بالإكراه . - ومن المتفق عليه أنه لا حد على مكرهة على زنا لقوله تعالى ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ﴾ (٣) ولقوله ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ (٤) ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « عفى لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » (٥) ولأن الإكراه يعتبر شبهة عند القائلين بالشبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات.

ومن المتفق عليه أنه لا فرق بين الإكراه بالإلجاء وهو أن يغلبها على نفسها ، وبين الإكراه بالتهديد فقد استكرهت امرأة على عهد الرسول فدرأ عنها الحد (٦) ، وأتى عمر بإماء من إماء الإمارة استكرههن غلمان من غلمان الإمارة فضرب الغلمان ولم يضرب الإماء ، كما جاءته امرأة استسقت راعياً فأبى أن يسقيها إلا

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٨.
(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ - المغني ج ١٠ ص ١٥٥ - المحلى ج ١١ ص ٢٤٩ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٨.
(٣) الأنعام ١١٩.
(٤) البقرة ١٧٣.
(٥) ابن حزم ج ٧ ص ٣٣٤.
(٦) رواه الترمذي وراجع التاج ج ٣ ص ٢٦.

أن تمكنه من نفسها ففعلت ، فقال لعلى ما ترى فيها ؟ قال إنها مضطرة ، فأعطاها شيئاً وتركها

وإذا أكره الرجل على الزنا فعليه الحد وهو الرأى المرجوح فى مذهب مالك وأبى حنيفة والشافعى وأحمد والشيعة الزيدية ، وحجة أصحاب هذا الرأى أن المرأة تكره لأن وطيئتها التمكين أما الرجل فلا تكره ما دام لم ينتشر ، لأن الانتشار دليل الطواعية ، ومقتضى هذا الرأى أنه إذا لم يكن انتشار وثبت الإكراه فلا حد

والرأى الراجح فى هذه المذاهب جميعاً أنه لا حد على الرجل إذا أكره لأن الإكراه يتساوى أمامه الرجل والمرأة ، فإذا لم يجب عليها الحد لم يجب عليه ، ولأن الانتشار قد يكون طبعا وهو دليل على الفحولية أكثر مما هو دليل على الطواعية ، ولأن القول بأن التخويف ينافى الانتشار غير صحيح ، لأن المكره يخوف بترك الفعل لا بإتيانه ، والفعل فى ذاته لا يخاف منه ، وفضلا عن ذلك فإن الإكراه شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات[1]

ويرى الظاهريون أنه لا حد على مكرهة أو مكره ، فلو أمسكت امرأة حتى زنى بها ، أو أمسك رجل فأدخل إحليله فى فرج امرأة فلا شىء عليه ولا عليها سواء انتشر أو لم ينتشر ، أمنى أو لم يمن ، أنزلت هى أو لم تنزل ، لأنهما لم يفعلا شيئاً أصلاً ، والانتشار والإمناء فعل الطبيعة التى خلقه الله تعالى فى المرء أحب أم كره لا اختيار له فى ذلك[2]

وإذا مكنت المرأة مكرهها من نفسها دون أن يقع عليها إكراه فعليها الحد دونه ، لأن فعلها زنا ، ولأنها ليست مكرهة ، ولا عبرة بإعفاء الرجل من العقاب

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٧ ، ١٦٦ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٤ - المغنى ج ١٠ ص ١٥٨ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٨

(٢) المحلى ج ٨ ص ٣٣١

فإنه أعني لإكراهه على العمل ، وليس لها أن تستفيد من ظرف الرجل وهو ظرف خاص به ، وهذا مسلم به في جميع المذاهب

٤٩٧ — الخطأ في الوطء — الخطأ إما خطأ في وطء مباح ، وإما خطأ في وطء محرم

فالخطأ في الوطء المباح لا عقوبة عليه لانعدام القصد ولقوله تعالى ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به وما تعمدت قلوبكم﴾ [1] ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ثم هو بعد ذلك شبهة تدرأ الحد عند القائلين بالشبهة ، فمن زفت إليه غير زوجته وقيل هذه زوجتك فوطئها يعتقدها زوجته فلا حد عليه باتفاق ، وكذلك الحكم إذا لم يقل له هذه زوجتك ، أو وجد على فراشه امرأة ظنها امرأته فوطئها ، أو دعا زوجته فجاءته غيرها فظنها المدعوة فوطئها ، لا حد عليه في كل ذلك عند مالك والشافعي وأحمد والظاهريين والزيديين وحجتهم أنه وطء اعتقد الفاعل إباحته بما يعذر مثله فيه ، وأنه أشبه بوطء من زفت إليه غير زوجته

ولكن أبا حنيفة يرى الحد على من وجد امرأة في فراشه فوطئها ، لأن المسقط هو شبهة الحل ، ولا شبهة هنا أصلاً سوى أن وجدها على فراشه ، ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن إليه ، هذا لأنه قد ينام على الفراش غير الزوجة من صديقاتها وقريباتها ، فلم يستند الظن إلى ما يصلح دليل حل ، وكذلك الحكم إذا كان أعمى ، إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك ، وهذا إذا لم تطل الصحبة وتشابهت النغمات ولم يستطع التمييز

أما الخطأ في الوطء المحرم فلا يعفي من العقوبة ، وليس شبهة باتفاق ، فمن دعا محرمة عليه فأجابته غيرها فوطئها يظنها المدعوة فعليه الحد ، فإن دعا

---

(١) الأحزاب ٥

محرمة عليه فأجاءته زوجته فوطئها يظنها الأجنبية التي دعاها فلا حد عليه ، لانتفاء حرمة الفرج لعينه ، وإن أثم باعتبار ظنه(١) .

٤٩٨ — الرضاء بالوطء — والرضاء بالوطء لا يعتبر شبهة باتفاق ، فمن وطىء امرأة أجنبية أباحت نفسها له فهو زان ، ولو كان ذلك بإذن وليها أو زوجها ، لأن الزنا لا يستباح بالبذل والإباحة ، وليس لأحد أن يحل ماحرم الله ، فإن أحلت امرأة نفسها فإحلالها نفسها باطل وفعلها زنا محض

ولو أن امرأة دلست نفسها أو غيرها لأجنبي فوطئها يظن أنها امرأته فلا حد على الرجل والمرأة الموطوءة زانية ، أما المدلسة فلا تعتبر زانية وعليها التعزير(٢)

٤٩٩ — الزواج اللاحق — والزواج اللاحق بالمزنى بها يعتبر شبهة تدرأ الحد في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ، فمن زنا بامرأة ثم تزوجها لا يحد طبقاً لهذه الرواية لأن المرأة تصير مملوكة للزوج بالنكاح في حق الاستمتاع فحصل الاستيفاء من محل مملوك فيصير شبهة تدرأ الحد

وفي رواية الحسن ومحمد أن الزواج العارض بعد الزنا لا يعتبر شبهة ، لأن الوطء وقع زنا محضاً لمصادفته محلا غير مملوك للواطىء ، ولأن الزواج ليس له أثر رجعي فلا يمتد أثره لوقت الوطء

والرواية الأخيرة تتفق مع مايراه جمهور الفقهاء ، فهم يرون أن من زنا بامرأة ثم تزوجها فلا أثر لزواجه على الجريمة التي ارتكبها ولا على العقوبة المقررة لها ، لأن الحد قد وجب بالزنا السابق فلا يسقطه الزواج اللاحق(٣) .

---

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٤ ـ المغني ج ١٠ ص ١٥٥ ـ المحلى ج ١١ ص ٢٤٦ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٨

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٠ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٦ ـ المغني ج ١٠ ص ١٥٦ المحلى ج ١١ ص ٢٤٦

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٢ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٩ ـ المغني ج ١٠ ص ١٩٤ المحلى ج ١١ ص ٢٥٢

٥٠٠ — وطء من وجب عليها القصاص ، ومن وجب له القصاص على امرأة فوطئها وجب عليه الحد ، ولا يعتبر استحقاقه القصاص عليها شبهة تدرأ الحد ، لأن حق القصاص إذا أباح له قتلها ، فإنه لايبيح له فرجها أو الاستمتاع بها[1]

٥٠١ — المساحقة : — وتسمى السحق والتدالك ، وهى إتيان المرأة للمرأة ، والفعل متفق على تحريمه لقول الله تعالى ﴿والذينَ هُمْ لِفُروجِهِمْ حافِظُون إلاعلى أزواجهمْ أو مَاملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾[2] ولما كانت المرأة لاتحل لمثلها بينهما وكان سحاقا محرم ، فإذا أباحت المرأة فرجها لغير زوجها من امرأة أو رجل فهى لم تحفظه وهى من العادين

ويروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا الباب قوله «لاينظر الرجل إلى عورة الرجل ولا المرأة إلى عورة المرأة ، ولا يفض الرجل إلى الرجل فى ثوب واحد ولا تفض المرأة إلى المرأة فى الثوب الواحد»[3] وهذا النص صريح فى تحريم السحاق لأنه إفضاء المرأة إلى المرأة

ويستدل البعض بما رواه أبو موسى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قوله «إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان»[4]

ومن المتفق عليه أن لاحد فى الفعل وأن عقوبته التعزير لأنه معصية لاحد فيها ، وإذا كان حديث أبى موسى ـ على فرض صحته ـ قد وصف الفعل بأنه زنا فإن ذلك لايلحقه بالزنا المعاقب عليه بالحد ، لأن السحاق مباشرة دون إيلاج

(١) المغنى ج ١٠ ص ١٩٥
(٢) المؤمنون ٥ ، ٦ .
(٣) رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى . وراجع نيل الأوطار ج ٦ ص ١٦
(٤) راجع نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠

والزنا المعاقب عليه بالحد يقتضى الإيلاج ، فكان السحاق مما يجب فيه التعزير لا الحد كما لو باشر الرجل المرأة دون الفرج أى دون إيلاج[1] .

٥٠٢ — الاستمناء — واستمناء الرجل بيد امرأة أجنبية لا يعتبر زنا ، وكذلك إدخال الرجل الأجنبى أصبعه فى فرج امرأة ولكن كلا الفعلين معصية فيه التعزير على الرجل والمرأة سواء حدث إنزال أو لم يحدث

أما استمناء الرجل بيده ويسمى بالخضخضة وجلد عميرة فمختلف فيه فالمالكيون والشافعيون يحرمونه مستدلين على ذلك بقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ، إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ، فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾[2] فالرجل المسلم مطالب بحفظ فرجه إلا على اثنين زوجه وملك يمينه ، فإن التمس لفرجه مسكناً سوى زوجته وملك يمينه فهو من العادين أى المجاوزين ما أحل الله لهم إلى ما حرمه عليهم ، وعلى هذا مذهب الزيديين

ويحرم الحنفيون الاستمناء إذا كان لاستجلاب الشهوة ، أما إذا غلبت الشهوة الرجل ولم يكن له زوجة ولا أمة فاستمنى بقصد تسكينها فالرجاء أنه لا وبال عليه ، ويجب الاستمناء عندهم إذا خيف الوقوع فى الزنا بدونه

والحنابلة لا يرون شيئاً على من استمنى بيده خوفاً من الزنا أو خوفاً على بدنه أى صحته إذا لم تكن له زوجة أو أمة ولم يقدر على الزواج وإلا حرم الاستمناء

ويرى ابن حزم أن الاستمناء مكروه ولا إثم فيه لأن مس الرجل ذكره بشماله مباح بإجماع الأمة كلها ، وإذا هو مباح فليس هنالك زيادة على المباح

---

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٧٨ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥ ـ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٤ ـ المهذب جـ ٢ ص ٢٨٦ ـ المغنى جـ ١٠ ص ١٦٢ ـ المحلى جـ ١١ ص ٣٩٠ شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٣٦

(٢) المؤمنون ٥ ، ٦

إلا التعمد لنزول المني فليس ذلك حراماً أصلا لقول الله تعالى ﴿ وقد فصل لكم ماحرم عليكم ﴾ وليس هذا مافصل لنا تحريمه فهو حلال لقوله تعالى ﴿ خلق لكم مافي الأرض جميعاً ﴾ .

ويقول ابن حزم إنه يكره الاستمناء لأنه ليس من مكارم الأخلاق ولا من الفضائل. وروي لنا أن الناس تكلموا في الاستمناء فكرهته طائفة وأباحته أخرى ، وممن كرهه ابن عمر وعطاء وممن أباحه ابن عباس والحسن وبعض كبار التابعين وقال الحسن كانوا يفعلونه في المغازي وقال مجاهد كان من مضى يأمرون شبانهم بالاستمناء يستعفون بذلك

وما قيل في استمناء الرجل يقال عن المرأة إذا عرضت فرجها شيئاً دون أن تدخله حتى ينزل أو مست فرجها بشمالها حتى ينزل ، والحكم في ذلك هو حكم الاستمناء في المذاهب المختلفة[1]

٥٠٣ — **العجز عن ادعاء الشبهة** — ويرى أبو حنيفة أن عجز الجاني عن ادعاء الشبهة يعتبر بذاته شبهة دارئة للحد فالزاني الأخرس والزانية الخرساء لايحدان ولو ثبت الزنا ضدهما بشهادة الشهود ، لأنهما يعجزان عن ادعاء الشبهة ، ومن المحتمل أن يدعياها لو استطاعا النطق ، وكذلك الشأن في المجنون الذي زنا حال إفاقته ، بل يذهب أبو حنيفة إلى أن الأخرس لايحد بإقراره إذا أقر كتابة أو إشارة ، لأن الإقرار المعتبر عنده هو الإقرار بالخطاب والعبارة ، دون الكتابة والإشارة ، فلو كتب الأخرس الإقرار في كتاب أو أشار إليه إشارة معلومة فإنه لاحد عليه ، لأن الشرع

---

(١) راجع في كل ماسبق حاشية ابن عابدين ج ٧ ص ٢١٥ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ – المهذب ج ٢ ص ٢٨٦ — الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢ ٦ – الإقناع ج ٤ ص ٢٧١ – المحلى ج ١١ ص ٢٩٣ – شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ والجزء الثاني ص ١٩٧ – وراجع أيضاً تفسير ابن كثير ج ٣ ص ٢٣٩ — وتفسير البحر المحيط لابن حيان ج ٦ ص ٣٩٧ — وتفسير الألوسي ج ٥ ص ٤٨٦ وتفسير روح البيان ج ٤ ص ٦١ – وتفسير القرطبي ج ١٢ ص ١٠٥ – وتفسير الطبري ج ١٨ ص ٦

على وجوب الحد على البيان المتناهى ، والبيان لا يتناهى إلا بالصريح وهو الخطاب والعبارة ، ولا يتناهى بالكتابة والإشارة[1] .

ويرى الزيديون ما يراه أبو حنيفة من أن الخرس والجنون شبهة تدرأ الحد ولكنهم يرون أن إقرار الأخرس صحيح إذا فهمت إشارته أو كان إقراره كتابة[2] .

وعند المالكيين والشافعيين والحنابلة أن عجز الجانى عن ادعاء الشبهة لا يعتبر شبهة ، ويقولون بحد الأخرس والمجنون إذا ثبت الزنا بالبينة ، كذلك يقبلون إقرار الأخرس بالكتابة وإقراره بالإشارة كلما أمكن فهم إشارته دون شك فيها[3] .

ويرى الظاهريون أنه إذا كانت البينة فلا معنى للإنكار ولا للإقرار[4] . وهم فوق هذا لا يعترفون بالشبهة ولا يرون درء الحدود بالشبهات ، ومقتضى هذين المبدأين أن عجز الجانى عن ادعاء الشبهة لا أثر له على الحد .

٥٠٤ — إنكار أحد الزانيين : ويرى أبو حنيفة أن إنكار أحد الزانيين يعتبر شبهة إذا أقر الآخر ولم يكن دليل غير الإقرار ، فلا يعاقب المنكر لأنه لا دليل عليه إلا إقرار المتهم الآخر والإقرار حجة قاصرة على المقر ولا يحد المقر لأنا صدقنا المنكر فى إنكاره فصار المقر محكوما بكذبه ، وتعليل ذلك أن الحد انتفى فى حق المنكر بدليل موجب للنفى عنه فأورث شبهة الانتفاء فى حق المقر ، إذ الزنا فعل واحد لا يقع إلا من شخصين فإن تمكنت فيه الشبهة تعدت إلى طرفيه ، وهذا لأن المقر بالزنا ما أقر بالزنا مطلقاً وإنما أقر بالزنا مع آخر منكر فإذا درأ الشرع عن هذا الآخر عين ما أقر به المقر فيندرىء الفعل عن المقر ضرورة .

ولكن أبا يوسف ومحمد يريان ما يراه مالك والشافعى وأحمد والزيديون .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧
(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٥٩ ، ٣٥
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١ — تبصرة الحكام ج ٢ ص ٧١ — المغنى ج ١٠ ص ١٧١
(٤) المحلى ج ٨ ص ٢٥

من أن المقر يحد بإقراره ، ولا يؤثر على عقوبته إنكار الطرف الآخر ، لأن الإقرار حجة فى حق المقر ، وعدم ثبوت الزنا فى حق المنكر لا يورث شبهة العدم فى حق المقر .

أما الظاهريون فعندهم أن إنكار أحد الزانيين لا يؤثر على عقوبة المقر ، لأنهم لا يسقطون الحد بالشبهة ، ولأن القاعدة عندهم أن من أقر إقراراً تاماً بحق فى مال أو دم أو بشرة ، وكان عاقلا بالغاً غير مكره ولم يصل إقراره بما يفسده ، فقد لزمه إقراره ولا رجوع له بعد ذلك ، فإن رجع لم ينتفع برجوعه ، وقد لزمه ما أقر به على نفسه من دم أو حد أو مال[(١)]

٥٠٥ — ادعاء أحد الطرفين الزوجية : وإذا أقر أحد الطرفين بالزنا فادعى الطرف الآخر الزوجية ، فيرى أبو حنيفة وأحمد أن لا يحد منهما لأن دعوى النكاح تحتمل الصدق ، وبتقدير صدق مدعى النكاح منهما تكون ادعاء النكاح شبهة ، ويسقط الحد لاحتمال صدق دعوى النكاح

ويرى مالك والشافعى حد المقر ما لم تثبت قيام الزوجية ، وأصول الظاهريين والزيديين تقتضى الأخذ بهذا الرأى[(٢)]

وإذا ضبط شخص يطأ امرأة فادعى الرجل والمرأة الزوجية فالقول قولهما على ما يرى جمهور الفقهاء ما لم تشهد الشهود بزناهما ، إلا أن مالكا يوجب عليهما أن يثبتا الزوجية .

فإذا شهد الشهود بزناهم فلا يسقط ادعاء الزوجية الحد إلا إذا أقاما البينة

(١) تبصرة الحكام ح ٢ ص ٣٨ — شرح فتح القدير ح ٤ ص ١٢٠ ، ١٥٨ — أسنى المطالب ح ٤ ص ١٣٢ — المغنى ح ١٠ ص ١٦٨ — المحلى ح ٨ ص ٥٢٠ وح ١١ ص ١٥٣ شرح الأزهار ح ٤ ص ٣٤٨

(٢) شرح فتح القدير ح ٤ ص ١٥٨ — المغنى ح ١٠ ص ١٥٨ — المدونة ح ١٦ ص ٤٣ ، ٤١ — أسنى المطالب ح ٤ ص ١٣٤

على النكاح ، لأن الشهادة بالزنا تنفى كونهما زوجين فلا تبطل بمجرد قولهما ، ويرى البعض إسقاط الحد إذا لم يعلم كونها أجنبية عنه لأن ما ادعياه محتمل فيكون ذلك شبهة[١]

ويرى ابن حزم التفريق بين ما إذا كانا غريبين أو معروفين ، فإن كانا غريبين أولا يعرفان فلاشىء عليهما ، ولا يعرض لهما ولو قامت البينة على الوطء ، ولا يكلفان إقامة البينة على النكاح . وإن كانت المرأة معروفة ومعروف أن لا زوج لها فإن أمكن مايقول الواطىء فلا شىء عليهما ، لأن أصل دمائهما وأبشارهما على التحريم بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وابشاركم عليكم حرام[٢] » فلا يجوز إباحة ماحرم الله إلا بنص لاشك فيه ، وإن كان كذبهما متيقناً فالحد واجب عليهما[٣] .

٥٠٦ — بقاء البكارة وعدم زوال البكارة يعتبر شبهة فى حق المشهود عليها بالزنا عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد والشيعة الزيدية ، فإذا شهد أربعة على امرأة بالزنا ، وشهد ثقات من النساء بأنها عذراء فلا حد عليها للشبهة ولا حد على الشهود .

ولكن مالكا يرى الحد على المرأة ، لأن المثبت مقدم عنده عن النافى ولأن من المحتمل أن يحصل الوطء دون أن يترتب عليه إزالة البكارة ، ولزفر صاحب أبى حنيفة رأى مماثل ، هو أيضاً رأى الظاهريين ، ولكن ابن حزم الظاهرى يرى أن الحكم يختلف بحسب مايقرر النساء على صفة عذرتها ، فإن قلن إنها عذرة يبطلها إيلاج الحشفة ولابد وأنه صفاق عند باب الفرج فقد أيقنا بكذب الشهود وأنهم وهموا ، فلا يحل إنفاذ الحكم بشهادتهم ، وإن قلن إنها عذرة واغلة فى داخل الفرج لايبطلها إيلاج الحشفة فقد أمكن صدق الشهود إذ

---

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٥٨ — المغنى جـ ١٠ ص ١٦٢

(٢) رواه البخارى ومسلم وغيرهما

(٣) المحلى جـ ١١ ص ٢٤٢ ، ٢٤٤

بإيلاج الحشفة يجب الحد ويقام الحد عليها ، لأنه لم ينتقض كذب الشهود ولا وهمهم[1]
وسواء سقط الحد بالشبهة أو باليقين من أن الإيلاج يزيل البكارة فإنه يبقى بعد ذلك أن العمل الذى شهد عليه الشهود معصية يجب فيها التعزير

الركن الثانى
تعمد الوطء

٥٠٧ — يشترط فى جريمة الزنا أن يتوفر لدى الزانى أو الزانية نية العمد أو القصد الجنائى ، ويعتبر القصد الجنائى متوفراً إذا ارتكب الزانى الفعل وهو عالم أنه يطأ امرأة محرمة عليه أو إذا مكنت الزانية من نفسها وهى تعلم أن من يطأها محرم عليها

فإن أتى أحدهما الفعل متعمداً وهو لا يعلم بالتحريم فلا حد عليه ، كمن زفت إليه غير زوجته فوطئها على أنها زوجته ، أو كمن زفت إلى غير زوجها فمكنته معتقدة على أنه زوجها ، وكمن وجد فى فراشه امرأة فوطئها معتقداً أنها زوجته ، أو كمن وجدت فى فراشها رجلا فمكنته معتقدة أنه زوجها وكمن تزوجت ولها زوج آخر كتمته عن زوجها الأخير فلا مسؤولية على الزوج الأخير مادام لا يعلم بالزواج الأول، وكمن مكنت مطلقها طلاقا بائنا وهى لا تعلم أنه طلقها

ويشترط أن يعاصر القصد الجنائى إتيان الفعل المحرم ، فمن قصد أن يزنى بامرأة ثم تصادف أن وجدها فى فراشه فأتاها على أنها امرأته لا يعتبر زانياً لانعدام القصد الجنائى وقت الفعل كذلك لو قصد إتيان امرأة أجنبية فأخطأها وأتى امرأته فإنه لا يعتبر زانياً ولو كان يعتقد أنه يأتى الأجنبية لأن الوطء الذى حدث غير محرم

والأصل فى الشريعة الإسلامية أنه لا يحتج فى دار الإسلام بجهل الأحكام[2]

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨١ — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٢ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ — المغنى ج ١٠ ص ١٨٩ — المحلى ج ١١ ص ٢٦٣ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٥

(٢) راجع مبحث « أثر الجهل على المسؤولية » فى الجزء الأول من كتاب التشريع الجنائى ص ٤٣ وما بعدها

فلا يقبل من أحد أن يحتج بجهل تحريم الزنا ، وبالتالى انعدام القصد الجنائى ؛ ولكن الفقهاء يبيحون استثناء الاحتجاج بجهل الأحكام ممن لم تيسر له ظروفه العلم بالأحكام كمسلم قريب عهد بالإسلام لم ينشأ فى دار الإسلام وتحتمل ظروفه أن يجهل التحريم ، أو كمجنون أفاق وزنا قبل أن يعلم بتحريم الزنا ففى هاتين الحالتين وأمثالهما يكون الجهل بالأحكام علة لانعدام القصد الجنائى[1]

وإذا ادعى الجانى الجهل بفساد نوع من أنواع النكاح أو بطلانه مما يعتبر الوطء فيه زنا ، فيرى البعض أن لا يقبل احتجاجه بجهل الحكم ، لأن فتح هذا الباب يؤدى إلى إسقاط الحد ، ولأن المفروض فى كل فرد أن يعلم ما حرم عليه ويرى البعض قبول الاحتجاج لأن معرفة الحكم تحتاج لفقه وتخفى على غير أهل العلم ، وأصحاب هذا الرأى الأخير يجعلون الجهل بالحكم شبهة تدرأ الحد عن الجانى ولا تعفيه من عقوبة التعزير ، ومما يؤثر من قضاء الصحابة فى هذا الباب أن امرأة تزوجت فى عدتها فى عهد عمر رضى الله عنه فلما عرض عليه الأمر قال هل علمتما ؟ فقالا لا . فقال لو علمتما لرجمتكما ، فجلدهما أسواطاً ثم فرق بينهما . وأتت امرأة إلى على بن أبى طالب رضى الله عنه فقالت إن زوجى زنا بجاريتى فقال الزوج صدقت هى ومالها لى حل ، فدرأ على عن الرجل الحد بادعاء الجهالة[2]

ويلاحظ أن هناك فرقاً بين قبول الاحتجاج بجهل تحريم الزنا وقبول الاحتجاج بجهل فساد النكاح أو بطلانه ، فقبول الاحتجاج الأول يؤدى إلى إعفاء الجانى من العقوبة على أساس انعدام قصده الجنائى ، وقبول الاحتجاج الثانى عند من يقبله لا يعدم القصد الجنائى وإنما يقوم الاحتجاج شبهة تؤدى إلى درء الحد ولا تمنع من عقوبة التعزير

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٦ - المهذب ج ٢ ص ٣٨٤ - المغنى ج ١ ص١٥٦ - المحلى ج ١١ ص ١٧٨ - شرح الأزهار ج ٤ ص٣٤٨

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٢ - المهذب ج٢ ص ٢٨٥ - المغنى ج ١ ص١٥٦ المحلى ج ١١ ص ١٨٨

الفصل الثانى

فى عقوبة الزنا

٥٠٨ – التطور التشريعى لعقوبة الزنا — كانت عقوبة الزنا فى صدر الإسلام الحبس فى البيوت ، والإيذاء بالتعيير أو الضرب ، والأصل فى ذلك قوله تعالى ﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ، واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان توابا رحيما ﴾ (١)

وقد اختلف الفقهاء فى تفسير هذين النصين ، فرأى البعض أن النص الأول جاء بحكم النساء فقط وليس فيه حكم الرجال ، وأن النص الثانى عطف على النص الأول عطفاً متصلا بقوله تعالى ﴿ واللذان يأتيانها منكم ﴾ فكان هذا حكما زائداً للرجال مضافاً إلى ماقبله من حكم النساء ، وعلى هذا فحكم النساء الزوانى كان الحبس فى البيوت حتى يمتن أو يجعل الله لهن سبيلا بحكم آخر ، وحكم الرجال الزناة كان الأذى (٢)

ورأى البعض أن النص الأول مبين لعقوبة الثيب ، وأن النص الثانى بين عقوبة البكر وحجتهم أن المراد بقوله تعالى ﴿ من نسائكم ﴾ الثيب ، لأن قوله من نسائكم إضافة زوجية كقوله ﴿ للذين يؤلون من نسائهم ﴾ ولا فائدة لعلمها فى إضافته هنا إلا اعتبار الثيوبة ، كذلك فإن النصين قد جاءا بعقوبتين إحداهما أغلظ من الأخرى فكانت الأغلظ للثيب والأخرى للأبكار كالرجم والجلد (٣)

---

(١) النساء ١٥ ، ١٦ (٢) المحلى ج ١١ ص ٢٢٩ وما بعدها

(٣) المغنى ج ١ ص ١١٩

وهناك فريق ثالث رأى أن النص الثانى وهو قوله ﴿ واللذان يأتيانها منكم ﴾ ناسخ لقوله تعالى ﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم ﴾ والقائلون بهذا الرأى يحملون قوله عز وجل ﴿ واللذان يأتيانها منكم ﴾ على أن المراد به الزانى والزانية[1]

ومن المتفق عليه أن هذين النصين نسخا بقوله تعالى ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولاتأخذكم بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾[2] وبقول الرسول صلى الله عليه وسلم « خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة »[3]

وقد استقر الحكم بعد ذلك على جلد غير المحصن وتغريبه ـ مع خلاف فى التغريب ـ وعلى رجم المحصن دون جلده مع خلاف فى الجلد ، وسنتعرض لهذه الخلافات فيما بعد

وعقوبة الرجم مسلم بها من جميع المسلمين ، ولاينكرها إلا طائفة الأزارقة من الخوارج ، لأنهم لايقبلون الأخبار إذا لم تكن فى حد التواتر ، على أن الرجم ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقول والعمل

فأما قوله فهو ١٠ أ ـ ماذكرنا « خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا الخ »

ب ـ مارواه أبو هريرة وزيد بن خالد قالا « إن رجلا من الأعراب أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله أنشدك الله إلاقضيت لى بكتاب الله ، وقال الخصم الآخر وهو أفقه منه نعم فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قل ، قال إن ابنى كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته وإنى أخبرت أن على ابنى الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبرونى أن على ابنى جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله

(١) المحلى ج ١١ ص ٢٢٩ (٢) النور ٢

(٣) رواه مسلم وأبو داود والترمذى

صلى الله عليه وسلم ، والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم رد وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغدُ يا أنيس ـ لرجل من أسلم ـ إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، قال فغدا عليها فاعترفت فأمر بها فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت[1] »

حـ ـ ماروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يحل دم امرىء مسلم يشهد ألا إله إلا الله وإنى رسول الله إلا بإحدى ثلاث . النفس بالنفس ، والثيب الزانى ، والمفارق لدينه التارك للجماعة[2] »

وأما فعله فقد أمر صلى الله عليه وسلم برجم ماعز والغامدية كما أمر برجم يهوديين زنيا وذلك كله ثابت مما روى عنه صلى الله عليه وسلم .

أ ـ فقد روى أبو هريرة قال : أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى المسجد فناداه فقال يارسول الله إنى زنيت فأعرض عنه حتى ردد عليه أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أبك جنون ؟ قال لا ، قال فهل أحصنت ؟ قال نعم فقال النبى صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه قال ابن شهاب فأخبرنى من سمع جابر بن عبد الله ، قال كنت فيمن رجمه ، فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة هرب ، فأدركناه بالحرة فرجمناه[3] »

ب ـ وروى سليمان ابن بريدة عن أبيه ، أن النبى صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة من غامد من الأزد فقالت يارسول الله طهرنى ، فقال ويحك ارجعى فاستغفرى الله وتوبى إليه ، فقالت أراك تريد أن ترددنى كما رددت ماعز بن مالك ، قال : وماذا ذاك ؟ قالت إنها حبلى من الزنا ، قال أنت ؟ قالت نعم ، فقال لها حتى تضعى مافى بطنك ، قال فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت ، قال فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية ، فقال إذن لانرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه ، فقام رجل من الأنصار فقال . إلى رضاعه يانبى الله ، قال فرجمها[4] »

---

(١) رواه الجماعة (٢) رواه الجماعة (٣) متفق عليه

(٤) رواه مسلم والدارقطنى

ﺟ ـ وروى ابن عمر أن اليهود أتوا النبي صلى الله عليه وآله وسلم برجل وامرأة منهم قد زنيا، فقال: ما تجدون في كتابكم، فقالوا نسخم وجوههما ويخزيان، قال كذبتم إن فيها الرجم، فأتوا بالتوراة فاتلوها إن كنتم صادقين فجاءوا بالتوراة، وجاءوا بقارىء لهم، فقرأ حتى إذا انتهى إلى موضع وضع يده عليه، فقيل له ارفع يدك، فرفع يده فإذا هي تلوح، فقال أو قالوا يا محمد فيها الرجم ولكنا كنا نتكاتمه فيما بيننا، فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فرجما، قال فلقد رأيته يجنأ عليها يقيها الحجارة بنفسه »[1]

وإذا كان الشارع قد فرق في العقوبة بين المحصن وغير المحصن، فذلك لأن المحصن إذا زنا بعد أن توفرت مواقع الزنا لديه كان زناه في غاية القبح، ووجب أن تكون عقوبته في غاية الشدة.

ونخلص مما سبق إلى أن عقوبة الزنا نوعان (١) عقوبة البكر (٢) عقوبة المحصن

المبحث الأول

في عقوبة البكر

٥٠٩ ـ عقاب البكر الزاني ـ إذا زنا البكر سواء كان رجلا أو امرأة عوقب بعقوبتين أولاهما الجلد، والثانية التغريب، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام »[2]

ويلاحظ أن الشريعة تفرق بين عقوبة الأحرار وعقوبة الأرقاء في الزنا، فتخفف عقوبة الرقيق وتشدد عقوبة الحر، مراعية في ذلك ظروف كل منهما، ولكنا لن نتعرض هنا إلا للعقوبة المقررة للأحرار بالنظر إلى أن الرق ألغي في كل أنحاء العالم، وأن لا حاجة تدعو إلى بيان عقوبة الرقيق

٥١٠ ـ أولا ـ عقوبة الجلد ـ إذا زنا البكر عوقب بالجلد مائة جلدة

(١) الحديث متفق عليه (٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذي

لقوله تعالى ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾[١] ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم « خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام »[٢]

وعقوبة الجلد حدٌّ ، أى عقوبة مقدرة ، فليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها لأى سبب من الأسباب ، أو ظرف من الظروف ، وليس له أن يوقف تنفيذها أو أن يستبدل بها غيرها ، كما أن ولى الأمر لا يملك شيئاً من ذلك ، ولا يملك العفو عنها كلها أو بعضها

وسنتكلم عن طريقة الجلد وشروطه عند الكلام على تنفيذ العقوبة .

٥١١ – ثانيا – التغريب إذا زنا البكر جلد مائة جلدة وغرب عاماً والتغريب هو العقوبة الثانية للزانى ، ولكن الفقهاء يختلفون فى وجوبها

فأبو حنيفة وأصحابه يرون أن التغريب ليس واجباً ، ولكنهم يجيزون للإمام أن يجمع بين الجلد والتغريب إن رأى فى ذلك مصلحة ، فعقوبة التغريب عندهم ليست حداً كالجلد وإنما هى عقوبة تعزيرية ، ومن هذا الرأى الشيعة الزيدية[٣]

ويرى مالك والشافعى وأحمد وجوب الجمع بين الجلد والتغريب ، ويعتبرون التغريب حداً كالجلد وحجتهم حديث الرسول « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وماروى عن عمر وعلى أنهما جلدا وغربا ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة فصار عليهما إجماعاً[٤]

ومن هذا الرأى الظاهريون فإنهم يرون التغريب حداً ثابتاً بصريح النص[٥]

٥١٢ – تغريب المرأة . ويرى مالك أن التغريب على الرجل دون المرأة ، لأن المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة ولأن الأمر لا يخلو إن غربت أن تغرب ومعها محرم

---

(١) النور ٢ (٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذى

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٩ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٤ ، ١٣٦ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤١

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٣ – المهذب ج ٢ ص ٢٨٤ – المغنى ج ١٠ ص ١٣٣

(٥) المحلى ج ١١ ص ١٨٣ – ١٨٨

أو أن تغرب دون محرم . والأصل أنه لا يجوز أن تغرب دون محرم ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم » ولأن تغريبها بغير محرم إغراء لها بالفجور ، وتضييع لها ، وإن غربت بمحرم أفضى إلى تغريب من ليس بزان ، ونفي من لا ذنب له ، وإن كلفت بحمل أجرته فى ذلك زيادة على عقوبتها بما لم يرد به الشرع ، وبما لا يمكن أن يحدث مثله للرجل .

ولهذا يخصص المالكيون الخبر الوارد فى التغريب ، ويحملونه فى حق الرجل دون المرأة ، إذ يلزم من العمل بعمومه مخالفة مفهومه فإنه دل بعمومه على أنه ليس على الزاني أكثر من العقوبة المذكورة فيه ، ووجوب التغريب على المرأة يلزم منه الزيادة على ذلك ، وفضلا عما سبق فإن العمل بعموم النص يؤدى إلى فوات حكمته لأن الحد وجب زجراً عن الزنا ، وفى تغريبها إغراء به وتمكين منه[(١)]

ويرى الشافعى وأحمد والظاهريون أن التغريب عقوبة واجبة على كل من الرجل والمرأة[(٢)]

٥١٣ - ماهية التغريب . - اختلف الفقهاء فى ماهية التغريب ، فقال مالك وأبو حنيفة إن التغريب معناه الحبس ، فيحبس المغرب فى البلد الذى يغرب إليه مدة لا تزيد على سنة فالتغريب عند المالكيين والحنفيين معناه الحبس فى بلد غير البلد الذى وقعت فيه الجريمة ، ومن هذا الرأى الزيديون[(٣)]

ويرى الشافعى وأحمد أن التغريب معناه النفى من البلد الذى حدث فيه الزنا إلى بلد آخر ، على أن يراقب المغرب بحيث يحفظ بالمراقبة فى البلد الذى غرب إليه ، ولا يحبس فيه ، فالتغريب عند الشافعيين والحنابلة هو الوضع تحت المراقبة

---

(١) شرح الزرقانى حـ ٨ ص ٨٣ - المغنى حـ ١٠ ص ١٣٣

(٢) أسنى المطالب حـ ٤ ص ١٢٩ - المغنى حـ ١٠ ص ١٣٤ - المحلى حـ ١١ ص ٢٣٢

(٣) شرح الزرقانى حـ ٨ ص ٨٣ - شرح فتح القدير حـ ٤ ص ٢٧ - حاشية ابن عابدين حـ ٣ ص ٢٠٣ شرح الأزهار ج ٤

فى بلد آخر[١] ومن هذا الرأى الظاهريون[٢]

ويشترط بعض الفقهاء فى التغريب أن يكون لمسافة لاتقل عن مسافة القصر[٣] . ويرى البعض أن يكون النفى من محل الحاكم إلى محل غيره دون التقيد بمسافة معينة ، فلو نفى إلى قرية تبعد عن محل الحادث ميلا لكفى ، كما يجوز أن ينفى من مصر إلى مصر لأن النفى ورد مطلقاً فيتناول أقل مايقع عليه الاسم[٤]

والمقصود من المراقبة أن يمنع الزانى من العودة إلى بلده قبل انتهاء المدة ، أو إلى مادون مسافة القصر على رأى البعض ، ويرى البعض أن المراقبة مقصود بها إلزام المغرب بالإقامة فى البلد المغرب إليه ، فلا يمكن من الضرب فى الأرض[٥]

وإذا كانت القاعدة عند الشافعيين أن التغريب معناه النفى إلا أنهم يجيزون حبس المغرب إذا خيف رجوعه إلى البلد الذى غرب منه[٦]

ويرى الشافعيون إعادة تغريب المغرب إذا رجع إلى البلد الذى غرب منه ، على أن تستأنف المدة من جديد ليتوالى الإيحاش وحتى لاتتفرق السنة[٧] أما الحنابلة فيرون إعادة التغريب فى حالة الرجوع على أن يبنى على مدة التغريب السابقة بحيث يعاد تغريبه ليكمل مابقى من الحول لاليبدأ حولا جديداً[٨] .

وإذا زنا المغرب فى البلد الذى غرب إليه جلد ، وغرب إلى بلد آخر ، ودخلت المدة الباقية من التغريب الأول فى مدة التغريب الثانية لتجانس الحدين وهذا متفق عليه فى مذهب مالك والشافعى وأحمد ، ولكن الظاهريين يرون أن

(١) أسنى المطالب ح ٤ ص ١٣٠ ــ المغنى ح ١٠ ص ١٣٦ (٢) المحلى ح ١١ ص ١٨٢

(٣) مسافة القصر مختلف عليها فمذهب مالك والشافعى وأحمد وآخرون إلى أن الصلاة تقصر فى أربعة برد وذلك مسيرة يوم بالسير الوسط وقال أبو حنيفة والكوفيون أقل ماتقصر فيه الصلاة ثلاثة أيام وقال الظاهريون إن للمسافة مثل ما كثر ــ بداية المجتهد ح ١ ص ١٣١ المحلى ح ٥ ص وما بعدها

(٤) أسنى المطالب حـ ٤ ص ١٣٠ ــ المهذب حـ ٢ ص ٢٨٨ ــ المغنى ح ٩ ص ١٣٦

(٥) أسنى المطالب حـ ٤ ص ١٣٠ (٦) أسنى المطالب حـ ٤ ص ١٣

(٧) أسنى المطالب حـ ٤ ص ١٣ (٨) الإقناع ح ٤ ص ٢٠٢

تستتم مدة التغريب الأولى ثم تبدأ فى الثانية[1] لأن القاعدة عندهم أن ماوجب من حد لايجرى عليه حد آخر .

وإذا زنا الغريب غرب إلى غير بلده ، وإذا زنا فى البلد الذى غرب إليه غرب إلى بلد آخر غير الذى غرب منه ، ويرى بعض المالكيين أن بعض التغريب فى البلدة التى زنا فيها يعتبر تغريباً له ولكن الشافعيين والحنابلة يشترطون أن يغرب عنها[2]

المبحث الثانى

فى عقوبة المحصن

٥١٤ — تشديد عقوبة المحصن — فرقت الشريعة بين المحصن والبكر فى عقوبة الزنا ، وخففت عقوبة البكر وشددت عقوبة المحصن ، وجعلت عقوبة البكر الجلد والتغريب وعقوبة المحصن الجلد والرجم ، ومعنى الرجم القتل رمياً بالحجارة وما أشبهها

وعلة التخفيف على البكر هى علة التشديد على المحصن ، فالشريعة الإسلامية تقوم على الفضيلة وتحرص على الأخلاق والأعراض والأنساب من التلوث والاختلاط ، وتوجب على الإنسان أن يجاهد شهوته ولايستجيب لها إلا من طريق الحلال وهو الزواج ، كما توجب عليه إذا بلغ الباءة أن يتزوج حتى لايعرض نفسه للفتنة أو يحملها مالا تطيق ، فإذا لم يتزوج وغلبته على عقله وعزيمته الشهوة فعقابه أن يجلد مائة جلدة ويغرب سنة ، وشفيعه فى هذه العقوبة الخفيفة تأخيره فى الزواج الذى أدى به إلى الجريمة أما إذا تزوج فأحصن ثم أتى الجريمة فعقوبته الجلد والرجم ، لأن الإحصان يسد الباب على الجريمة ولأن الشريعة لم تجعل له بعد الإحصان سبيلا إلى الجريمة ، فلم تجعل الزواج أبدياً حتى لايقع

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨١ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ — الإقناع ج ٤ ص ٢٥٢ — المحلى ج ١١ ص ١٣٤ (٢) المراجع السابقة

فى الخطيئة أحد الزوجين إذا فسد ما بينهما ، وأباحت للزوجة أن تجعل العصمة فى يدها وقت الزواج ، كما أباحت لها أن تطلب الطلاق للغيبة والمرض والضرر والإعسار وأباحت للزوج الطلاق فى كل وقت ، وأحلت له أن يتزوج أكثر من واحدة على أن يعدل بينهن ، وبهذا فتحت الشريعة للمحصن أبواب الحلال، وأغلقت دونه باب الحرام ، فكان عدلا وقد انقطعت الأسباب التى تدعو للجريمة من ناحية العقل والطبع أن تنقطع المعاذير التى تدعو لتخفيف العقاب ، وأن يؤخذ المحصن بعقوبة الاستئصال التى لا يصلح غيرها لمن استعصى على الإصلاح .

٥١٥ ـ الرجم فأما الرجم فعقوبة معترف بها من جميع الفقهاء إلا طائفة الأزارقة من الخوارج لأنهم لا يقبلون الأخبار إذا لم تكن فى حد التواتر ، وعندهم أن عقوبة المحصن وغير المحصن هى الجلد مستندين لقوله تعالى ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ .

والرجم هو قتل الزانى رمياً بالحجارة وما أشبهها

والأصل فى الرجم كما بينا [١] هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم وفعله بالرجم إذاً سنة قولية وسنة فعلية فى وقت واحد

٥١٦ ـ الجلد ـ والجلد هى العقوبة الثانية للزانى المحصن طبقاً للنصوص « خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » [٢]

لكن الفقهاء يختلفون على ما إذا كانت عقوبة المحصن هى الرجم وحده ، أو هى الرجم والجلد معاً

وحجة القائلين بالجلد مع الرجم أن القرآن جعل الجلد عقوبة أساسية للزنا ، وذلك قوله تعالى ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [٣] ثم جاءت السنة بالرجم فى حق الثيب ، والتغريب فى حق البكر فوجب الجمع

(١) تراجع الفقرة ٥٠٨ وما كتبناه عن التطور التشريعى لعقوبة الزنا
(٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذى (٣) النور ٢

بينهما ، وقد فعل ذلك على بن أبي طالب حيث جلد شراحة يوم الخميس، ورجمها يوم الجمعة ، وقال جلدتها بكتاب الله ، ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وحديث الرسول صريح في الجمع بين الجلد والرجم « والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » وهذا الصريح الثابت بيقين لا يترك إلا بمثله ، وإذا كان نص الحديث قد جمع للبكر عقوبتين الجلد والتغريب ، وجمع للمحصن عقوبتين الجلد والرجم وقد سلمنا بعقوبتي البكر ، فقد وجب التسليم بعقوبتي الثيب ، فيجلد أولا ثم يرجم ثانيا وبهذا الرأي قال بعض الفقهاء ، منهم الحسن وإسحق وابن المنذر وعليه مذهب الظاهريين ، والشيعة الزيدية ، وهو رواية في مذهب أحمد[(1)]

وحجة القائلين بأن العقوبة هي الرجم دون الجلد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا والغامدية ورجم يهوديين ولم يرد عنه أنه جلد واحداً منهم وأن الرسول في حادث العسيف قال « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها »[(2)] ولم يأمر بجلدها وكان هذا آخر الأمرين من رسول الله فوجب تقديمه هذا من جهة النصوص . أما من جهة المعنى فإن القاعدة العامة أن الحد الأصغر ينطوي في الحد الأكبر لأن الحد إنما وضع للزجر ولا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم . وأصحاب هذا الرأي هم جمهور الفقهاء وهم يسلمون بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم ولكنهم يعتبرون الجلد منسوخاً أو داخلا في الرجم ، ومن أصحاب هذا الرأي مالك وأبو حنيفة والشافعي وهو رواية عن أحمد[(3)]

وهناك رأي ثالث يرى أصحابه أن الثيب إن كان شيخاً جلد ورجم فإن كان شابا رجم ولم يجلد لما روى عن أبي ذر قال « الشيخان يجلدان ويرجمان ، والثيبان يرجمان والبكران يجلدان وينفيان[(4)] » وعن أبي ابن كعب ومسروق مثل

(1) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٣ ــ المغني ج ١ ص ١٢٤ ــ المحلى ج ١١ ص ٢٢٣ وما بعدها ــ شرح الأزهار ج ٤ ص ٢٤٤ (٢) رواه الجماعة

(3) بداية المجتهد ج٢ ص٣٦٣ ــ شرح الزرقاني ج٨ ص ٨٢ ــ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٣ ــ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ ــ المغني ج ١ ص ١٢٥

(٤) المحلى ج ١١ ص ٢٣٤

هذا[1] ولعل أساس هذا الرأى أن زنا الشيخ مذموم ، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكيهم ، ولهم عذاب أليم : شيخ زان وملك كذاب وعامل مستكبر »[2] .

٥١٧ - جرائم مختلف على عقوبتها . وهناك حالات يعتبرها مختلف على العقوبة الواجبة فيها ، ويرجع هذا إما إلى الاختلاف على تكييف هذه الحالات وإما إلى الاختلاف على النصوص التى تحكمها ، وسنتكلم على هذه الحالات فيما يلى

٥١٨ - جائم اللواط يترتب على اعتبار اللواط زنا أن يعاقب عليه بعقوبة الزنا ، ولكن القائلين باعتبار اللواط زنا اختلفوا فى عقوبته

فقال مالك : إن عقوبة اللواط الرجم مطلقاً سواء كان الفاعل والمفعول به محصنين أو غير محصنين[3]

وفى مذهب الشافعى وأحمد ثلاثة آراء[4] :

أولها أن اللواط حكمه حكم الزنا ، فيعاقب اللائط والملوط به بعقوبة الزنا ، فمن كان محصناً رجم ومن لم يكن محصناً جلد وغرب وحجة أصحاب هذا الرأى ماروواه أبو موسى الأشعرى عن النبى صلى الله عليه وسلم « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان »[5] ولأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب

وثانيها أن اللائط هو الذى يرجم أما الملوط به فلا يرجم وإنما يجلد ويغرب فى كل الأحوال سواء كان ذكراً أو أنثى محصناً أو غير محصن لأن الإحصان

(١) المحلى ج ١١ ص ٢٣٤ (٢) رواه مسلم والنسائى
(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٢ - مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩٦
(٤) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣ ، ٤ ، ٤٠٤ - أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٢٦ - المهذب جـ ٢ ص ٢٨٥ - المغنى جـ ١٠ ص ١٦١ - الإقناع جـ ٤ ص ٢٥٣
(٥) أخرجه البيهقى وأبو داود والطيالسى وراجع نيل الأوطار جـ ٧ ص ٣

حمل للقتل وهو يؤتى فى الدبر ولا يتصور فى الدبر إحصان وعلى هذا فالملوط به إذا اعتبر عمله زنا فهو زنا من غير محصن ما دام الإحصان لم يحمل للدبر .

وثالثها أن عقوبة اللائط والملوط به القتل فى كل حال ، أى سواء كان محصناً أو غير محصن . وفى قتله رأيان رأى يرى القتل رجما . ورأى يرى القتل بالسيف . وحجة القائلين بالقتل ما رواه ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به »[1] وقد كان إطلاق القتل فى الحديث حجة لمن قال بأن القتل يكون بالسيف فى كل حال وفسر آخرون القتل بالرجم لأنه وطء يجب به الحد . فكان القتل بالرجم كما هو الحال فى الزنا

ويرى أبو حنيفة أن اللواط ليس زنا فلا يعاقب عليه بعقوبة الزنا وإنما يعاقب عليه بعقوبة تعزيرية ولا مانع عند أبى حنيفة من أن يحبس حتى يموت أو يتوب وإذا اعتاد اللواط يقتل سياسة لا حداً ، أما أبو يوسف ومحمد فيريان اللواط زنا يعاقب عليه بعقوبة الزنا فيجلد من لم يحصن ويرجم المحصن[2]

وفى مذهب الشيعة الزيدية رأيان أحدهما أن حكم اللواط هو حكم الزنا فيرجم المحصن ويجلد من لم يحصن والثانى أن يقتل الفاعل والمفعول به فى كل حال[3]
أما الظاهريون فيرون اللواط شيئاً آخر غير الزنا فهو معصية يعزر عليها[4]

٥١٩ – حالة وطء المحارم يرى جمهور الفقهاء أن من وطىء محرماً عوقب بعقوبة الزانى فيرجم المحصن ويجلد غير المحصن ويغرب ولكن بعضهم يرى – وهو رأى لأحمد –[5] أن من وطىء ذات محرم حده القتل فى كل حال

(١) رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه والبيهقى
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ – بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٤
(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ (٤) المحلى ج ١١ ص ٣٨٥
(٥) المغنى جـ ١ ص ١٥٣

لما رواه البراء قال : « لقيت عمى ومعه الراية فقلت إلى أين تريد ؟ قال : بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل نكح امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه وآخذ ماله »[(١)] ولما رواه الجوزجانى وابن ماجه بإسنادهما عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من وقع على ذات محرم فاقتلوه »[(٢)] .

ويرى الظاهريون أن من وقع على امرأة أبيه بعقد أو بغير عقد فإنه يقتل محصناً كان أو غير محصن ، ويخمس ماله وسواء كانت أمه أو غير أمه دخل بها أبوه أو لم يدخل وأما من وقع على غير امرأة أبيه من سائر ذوات محارمه بصهر أو رضاع فهو زان وعليه حد الزنا فقط[(٣)] وعلة ذلك أن امرأة الأب ورد فيها نص صريح هو حديث البراء أما من عداها من المحارم فلم يصح فى شأنهن نص خاص فمن وقع على واحدة منهن كان زانياً طبقاً للنصوص العامة

٥٢٠ — إتيان وطء البهائم لا يعتبر وطء البهائم والحيوانات على العموم زنا عند مالك وأبى حنيفة والظاهريين وإنما هو معصية فيها التعزير وكذلك الحكم فى تمكين المرأة حيواناً من نفسها وعلى هذا الرأى الراجح فى مذهب الشافعى وأحمد[(٤)] .

أما الرأى المرجوح فى مذهب الشافعى وأحمد فيرى أصحابه أن الفعل يعتبر زنا ولكنه يعاقب عليه بالقتل فى كل الأحوال[(٥)] لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة[(٦)] »

وبعض الشافعيين يعتبر الفعل زنا قياساً على إتيان الرجل المرأة ويجعلون

---

(١) رواه الخمسة (نيل الأوطار ج ٧ ، ص ٢٨)
(٢) راجع نيل الأوطار جـ ٧ ص ٣١
(٣) المحلى جـ ١١ ص ٢٥٦ (٤) شرح الزرقانى ج٨ ص ٧٨ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ — المحلى ج ١١ ص ٣٨٦ ، ٣٨٨ .
(٥) المغنى جـ ١٠ ص ١٦٣ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٢٦
(٦) رواه أحمد وأبو داود والترمذى

عقوبة المحصن الرجم وعقوبة غير المحصن الجلد والتغريب[1] وهذا الذى يراه بعض الشافعيين هو الرأى الراجح فى مذهب الشيعة الزيدية . وإن كان بعضهم يرى مايراه مالك وأبو حنيفة[2]

ويرى الشافعيون والحنابلة أن المرأة التى تمكن من نفسها حيوانا عليها ماعلى واطىء البهيمة[3] وإن كان بعض الشافعيين يصرحون بأنه ليس على المرأة إلا التعزير[4]

المبحث الثالث

فى الإحصان

٥٢١ — الإحصان شرط الرجم : رأينا فيما سبق أن الشريعة الإسلامية تفرق فى العقوبة بين المحصن وغير المحصن ، وتعاقب الأول بالرجم دون الثانى ، ومعنى هذا أن الشريعة تجعل الإحصان شرطاً للرجم ، فإذا انعدم الإحصان امتنع الرجم .

وإذا كان الإحصان شرطاً فى الرجم ، فإن الإحصان فى نفس الوقت مجموعة شروط تكون هيئة واحدة أو مجموعة أجزاء لعلة واحدة ، وكل واحد من هذه المجموعة يعتبر بذاته شرطاً أو علة لوجوب الرجم

٥٢٢ — معنى الإحصان : الإحصان لغة معناه الدخول فى الحصن أو المنع قال تعالى ﴿ لتحصنكم من بأسكم ﴾ ويقال أحصن إذا دخل فى الحصن .

وللاحصان فى القرآن أكثر من معنى فقد جاء بمعنى التزويج فى قوله تعالى ﴿ والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم[5] ﴾ وجاء بمعنى الحرية فى

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ (٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦
(٣) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٣ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦
(٤) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦
(٥) النساء ٢٤

قوله تعالى ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ماملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات[1] ﴾ وجاء بمعنى العفة فى قوله تعالى ﴿ ومريم ابنة عمران التى أحصنت فرجها[2] ﴾ وقوله ﴿ اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم[3] ﴾ وجاء بمعنى الإسلام والزواج فى قوله تعالى ﴿ فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات[4] ﴾ وجاء بمعنى الحرية والبلوغ والعفة فى قوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة[5] ﴾

٥٢٣ — أنواع الإحصان: الإحصان فى الجرائم على نوعين: إحصان الرجم ، وإحصان القذف ، وسنتكلم هنا على إحصان الرجم ، أما إحصان القذف فمحل الكلام عليه جريمة القذف .

وإحصان الرجم شرعاً هو عبارة عن اجتماع صفات اعتبرها الشارع لوجوب الرجم ، أو هو مجموعة من الشروط إذا توفرت فى الزانى كان عقابه الرجم بدلا من الجلد

٥٢٤ — شروط الإحصان: اتفق الفقهاء على بعض شروط الإحصان فى جريمة الزنا ، واختلفوا على البعض الآخر ، وسنبين فيما يلى شروط الإحصان سواء منها ما اتفق عليه وما اختلف فيه .

أولا — الوطء فى نكاح صحيح . يشترط لقيام الإحصان أن يكون هناك وطء فى نكاح صحيح ، وأن يكون الوطء فى القبل لقوله عليه السلام « والثيب بالثيب الجلد والرجم » والثيابة تحصل بالوطء فى القبل[6] .

(١) النساء ٢٥ (٢) التحريم ١٢
(٣) المائدة ٥ (٤) النساء ٢٥
(٥) النور ٤
(٦) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣١ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٧ — المغنى ج ١٠ ص ١٢٦ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٤ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٢

ولا خلاف فى أن عقد النكاح الخالى من الوطء لايحصل به إحصان ، ولو حصلت فيه خلوة صحيحة[1] أو وطء فيما دون الفرج ، أو وطء فى الدبر ، لأن كل هذا لاتعتبر به المرأة ثيباً ولا تخرج عن حد الأبكار الذين حدهم جلد مائة وتغريب عام

والوطء الذى يؤدى إلى الثيابة هو الإيلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل ، أو هو تغييب الحشفة أو مثلها فى القبل سواء أنزل أو لم ينزل ، ولا يكفى مثل هذا الوطء وحده لوجود الإحصان بل يجب أن يكون الوطء فى نكاح ، لأن النكاح هو الإحصان لقوله تعالى ﴿ والمحصنات من النساء ﴾ يعنى المتزوجات ، فإن كان الوطء فى غير نكاح كالزنا ووطء الشبهة فلايصير به الواطىء محصناً دون خلاف

ويشترط فى النكاح أن يكون صحيحاً ، فإن كان فاسداً فإن الوطء فيه لايحصن كما يرى جمهور الفقهاء[2]

ويشترط إذا كان الوطء فى نكاح صحيح أن لا يكون وطئاً محرماً كالوطء فى الحيض أو الإحرام ، فإن الوطء الذى يحرمه الشارع لايحصن ولو كان فى نكاح صحيح[3]

ثانياً — البلوغ والعقل وهما شرطا الأهلية للعقوبة ، كما أنهما لازمان فى كل جريمة ، ويجب توفرهما فى المحصن وغير المحصن وقت ارتكاب الجريمة طبقاً للقواعد العامة ، إلا أنهما اشترطا أيضاً فى الإحصان لأن اشتراطهما وقت ارتكاب الجريمة لايغنى عن اشتراطهما فى الإحصان ، فيشترط إذن أن يكون

---

(١) يرى الهادى من فقهاء الزيدية اعتبار الإحصان بالخلوة ، ولكنهم يتأولون رأيه ويقولون إنه أراد الخلوة مع الدخول — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٢

(٢) المغنى ج ١٠ ص ١٢٦ — الإقناع ج ٤ ص ٣٥ — المهذب ج ٢ ص ٢٨٣ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٢ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٢ ، ١٣٣ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٣

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٢

الوطء الذى يحصن حاصلا من بالغ عاقل ، فإذا حصل الوطء من صبى أو مجنون ثم بلغ وعقل بعد الوطء لم يكن بالوطء السابق محصناً ، وإذا زنا عوقب على أنه غير محصن(١) .

على أن بعض أصحاب الشافعى يرون ـ ورأيهم هو المرجوح فى المذهب ـ أن الواطىء يصير محصناً بالوطء قبل البلوغ وأثناء الجنون ، فلو بلغ أو أفاق فزنا رجم دون حاجة إلى حصول وطء جديد بعد البلوغ والإفاقة ، وحجتهم أن الوطء قبل البلوغ وأثناء الجنون وطء مباح ، فيجب أن يثبت به الإحصان لأنه إذا صح النكاح قبل البلوغ وأثناء الجنون فإن الوطء يصح تبعا له

ويرد على ذلك بأن الرجم عقوبة الثيب ولو اعتبرت الثيوبة حاصلة بالوطء قبل البلوغ وأثناء الجنون لوجب رجم الصغير والمجنون ، وهذا ما لا يقول به أحد ، كذلك فإن هناك فرقاً بين الإحصان والإحلال ، وكل إحلال لا يترتب عليه إحصان ، كما أن الإحصان شرط عقوبة الرجم ولو كان الإحلال يقوم مقام الإحصان لما كان ثمة مايدعو لاشتراط الإحصان(٢)

ثالثا — وجود الكمال فى الطرفين حال الوطء أو بتعبير آخر ، يجب أن تتوفر شروط الإحصان فى الواطىء والموطوءة حال الوطء الذى يترتب عليه الإحصان ، فيطأ مثلا الرجل العاقل امرأة عاقلة ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط فى أحدهما فهما معاً غير محصنين فإذا كان الجانى متزوجا ودخل بزوجته فى نكاح صحيح ولكنها مجنونة أو صغيرة ، فالجانى غير محصن ولو كان هو نفسه بالغاً عاقلا ، هذا هو رأى أبى حنيفة وأحمد(٣)

ولكن مالكا لا يشترط توفر شروط الإحصان فى الزوجين لإحصانهما معا ،

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٨٢ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣ ، ١٣١ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٢٨ المغنى ج ١٠ ص ١٢٨ ـ شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٤٣
(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٨٣ ـ المغنى جـ ١٠ ص ١٢٨
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ ، ١٣٣ ـ المغنى جـ ١١ ص ١٢٨

وعنده أنه يكفي أن تتوفر شروط الإحصان في أحد الزوجين ليكون محصناً بصرف النظر عما إذا كان الزوج الآخر تتوفر فيه هذه الشروط أم لا ، فشرط تحصين الذكر عنده أن تتوفر فيه شروط الإحصان مع إطاقة موطوءته له ولو كانت صغيرة أو مجنونة ، وتتحصن الأنثى عند مالك بتوفر الإحصان فيها وبلوغ واطئها ولو كان مجنوناً[1].

وفي مذهب الشافعي رأيان أحدهما يتفق مع رأي أبي حنيفة وأحمد ، وثانيهما يتفق مع مذهب مالك[2].

وفي مذهب الشيعة الزيدية نفس الرأيين ، ثم رأي ثالث يرى أن المجنون لا يحصن العاقل بأي حال[3]، وإن أحصن البالغ من لم يبلغ

والذين يشترطون اجتماع شروط الإحصان في الزوجين يعللون ذلك بأن اجتماع هذه الصفات في الزوجين يشعر بكمال حالهما وبكمال اقتضاء الشهوة من الجانبين ، ويرون أن تخلف أحد هذه الشروط أو بعضها يشعر بالنقص ، فاقتضاء الشهوة من المجنونة والصغيرة قاصر ولا يبلغ بالرجل حد الكمال،والمحصن لا تغلظ له العقوبة إلا على أساس أنه في حال الكمال تعفيه عن التفكير في الحرام[4].

رابعاً ـ الإسلام . ويجعل أبو حنيفة ومالك الإسلام شرطاً من شروط الإحصان وحجتهما حديث الرسول صلى الله عليه وسلم لما استشاره حذيفة في زواج كتابية « دعها فإنها لا تحصنك » ولكن الشافعي وأحمد لا يريان الإسلام شرطاً من شروط الإحصان،ويوافقهما أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة، وحجتهم أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين ، وكان الإسلام شرطاً في الإحصان لما رجمهما ، فضلاً عن أن الأديان عامة تحرم الزنا كما يحرمه

---

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٢

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٨٣ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٣ ، ٣٤٤ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣١ المغني ج ١٠ ص ١٢٨

الإسلام ، ويتفق المذهب الظاهري مع مذهب الشافعي وأحمد في هذه الوجهة ، أما المذهب الزيدي ففيه الرأيان وأرجحهما ما يقول به الشافعي وأحمد[1] .

ويترتب على هذا الخلاف أن المسلم المتزوج من كتابية إذا زنا لا يرجم في رأي أبي حنيفة لأنه لا يعتبر محصناً ، إذ الكتابية لا تحصن المسلم ، وكان يجب أن يكون هذا هو الحكم عند مالك لولا أنه لا يشترط الكمال في الزوجين ، ومن ثم فإن الكتابية في رأيه تحصن المسلم ، فإذا زنا المسلم المتزوج من كتابية رجم عند مالك، كما يرجم عند الشافعي وأحمد والظاهريين وبعض الزيديين لأن هؤلاء لا يعتبرون الإسلام شرطاً من شروط الإحصان

٥٢٥ **زنا المحصن بغير محصن** بينا فيما سبق شروط الإحصان ما اتفق عليه منها وما اختلف فيه ، وإذا كان بعض الفقهاء يوجب توفر هذه الشروط في كل من الزوجين لاعتبار أحدهما محصنا ، فإن الفقهاء جميعاً لا يشترطون إحصان كل من الزانيين لوجوب الرجم على أحدهما ، ويرون رجم من توفرت فيه شروط الإحصان من الزانيين ، فإذا كان أحد الزانيين محصنا والثاني غير محصن رجم المحصن ، وجلد غير المحصن

---

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٢ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٣ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ ـ المغني ج ١٠ ص ١٢٩ ـ المحلى ج ١١ ص ١٥٨ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٤

الفصل الثالث

في الأدلة على الزنا

٥٢٦ — الأدلة المثبتة للزنا — لا تثبت جريمة الزنا المعاقب عليها بالحد إلا بأدلة خاصة هي :

(١) الشهادة (٢) الإقرار (٣) القرائن (٤) اللعان

وسنتكلم عن هذه الأدلة واحداً بعد الآخر مع ملاحظة أن الإثبات بالقرائن مختلف عليه

المبحث الأول

في الشهادة

٥٢٧ — عدد شهود الزنا : من المتفق عليه أن الزنا لا يثبت إلا بشهادة أربعة شهود ، وهذا إجماع لا خلاف فيه بين أهل العلم لقوله تعالى ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾[1] وقوله ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾[2] وقوله ﴿لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾[3]

ولقد جاءت السنة مؤكدة لنصوص القرآن ، ومن ذلك أن سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « أرأيت لو وجدت مع امرأتي رجلا أمهله

(١) النساء ١٥ (٢) النور ٤
(٣) النور ١٣

حتى آتى بأربعة شهداء » فقال النبى صلى الله عليه وسلم « نعم » وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لهلال بن أمية لما قذف امرأته بشريك ابن سحماء « البينة وإلا حد فى ظهرك »[1] وروى عنه أنه قال « أربعة شهداء وإلا حد فى ظهرك »[2].

وليس لكل إنسان أن يشهد فتقبل شهادته ، وإنما الشاهد الذى تقبل شهادته هو من توفرت فيه شروط معينة ، بعضها عام يجب توفره فى كل شهادة ، وبعضها خاص يجب توفره فى الشهادة على الزنا

٥٢٨ - الشروط العامة للشهادة - للشهادة شروط عامة ، يجب أن تتوفر فى كل شهادة أياً كان موضوعها وهذه الشروط هى : -

٥٢٩ - أولاً : البلوغ - يشترط فى الشاهد أن يكون بالغاً ، فإذا لم يكن كذلك فلا تقبل شهادته ، ولو كان فى حالة تمكنه من أن يعى الشهادة ويؤديها ، ولو كان حاله حال أهل العدالة ، وذلك لقوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ﴾[3] والصبى ليس من الرجال ، وليس ممن ترضى شهادته ، ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق »[4] ولأن الصبى لا يؤتمن على حفظ أمواله فأولى أن لا يؤتمن على حفظ حقوق غيره ، وإذا كانت شهادة الصبى لا تقبل فى الأموال فلأن لا تقبل فى الجرائم أولى وفيها عقوبة متلفة للنفس أو العضو[5]

وإذا كانت القاعدة العامة فى الشريعة أن لا تقبل شهادة من هو دون البلوغ

(١) رواه الجماعة إلا مسلما والنسائى

(٢) رواه النسائى (٣) البقرة ٢٨٢

(٤) أخرجه ابن ماجة وابن حبان والدارقطنى والطبرانى والحاكم فى المستدرك وراجع نيل الأوطار ج ٦ ص ١٦٠

(٥) مواهب الجليل ج٦ ص ١٥٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص١٦٩ - وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥١٣ ، ٥٢٥ - المهذب ج ٢ ص ٣٤٢ - الاقناع ج ٤ ص٤٣٦ - المحلى ج ٩ ص ٤٢ - شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٢ ، ١٩٣

فإن مالكا يرى استثناء من هذه القاعدة ، قبول شهادة الصبيان بعضهم على بعض فى الدماء بشروط خاصة أهمها . أن يكون الشاهد مميزاً ، أى من يعقل الشهادة وأن لا يحضر الحادث كبير . وقد أجاز مالك شهادة الصبيان فى هذه الحالة للضرورة (١) .

وما يراه مالك هو رواية مذهب أحمد ، حيث يرى قبول شهادة الصبيان فى الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التى تجارحوا عليها ، لأن الظاهر صدقهم وضبطهم ، فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم لاحتمال أن يلقنوا ويروى عن أحمد رواية ثالثة . تلخص فى أن شهادة الصبى تقبل إن كان ابن عشر ، ولكن البعض يخرج عن هذه الرواية غير الحدود والقصاص (٢)

وفى مذهب الزيدية رأى مرجوح يرى أصحابه جواز شهادة الصبيان بعضهم على بعض ، فى الشجاج ما لم يتفرقوا ، ويتأول بعضهم هذا الرأى فيقول إن الشهادة تقبل للتأديب لا للحكم (٣)

٥٣٠ — ثانيا — العقل يشترط فى الشاهد أن يكون عاقلا . والعاقل من عرف الواجب عقلا ، الضرورى وغيره ، والممكن والممتنع ، وما يضره وما ينفعه غالباً ، فلا تقبل شهادة مجنون ولا معتوه ، ولكن تقبل الشهادة ممن يجن أحياناً فى حالة إفاقته إذا كان يفيق إفاقة يعقل معها الشهادة ، ولا تقبل شهادة المجنون لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة . عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » كما أن شهادة المجنون لا تقبل للمعنى المانع من قبول شهادة الصبى (٤)

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٧

(٢) المغنى ج ١٢ ص ٢٧ (٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٣

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ — المهذب ج ٢ ص ٣٤٢ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٣٩ — الإقناع ج ٤ ص ٤٣٩ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٩ — البحر الرائق ج ٧ ص ٨٥ — المحلى ج ٩ ص ٤٢٩

٥٣١ ـ ثالثا ـ الحفظ . ويشترط فى الشاهد أن يكون قادراً على حفظ الشهادة ، وفهم ما وقع بصره عليه ، مأموناً على ما يقول ، فإن كان مغفلا لم تقبل شهادته . ويلحق بالغفلة كثرة الغلط والنسيان ، ولكن تقبل الشهادة ممن يقل منه الغلط ، لأن أحداً لا ينفك من الغلط

والعلة فى عدم قبول شهادة المغفل ـ ولو كان عدلا ـ أنه لا يؤمن على ما يقول ولا تمنع عدالته من أن يحتال ، فيشهد على الرجل مثلا ولا يعرفه ، يتسمى له بغير اسمه ، كما أنه يخشى عليه أن يلقن فيأخذ بما ألقى إليه . لكن إذا لم يكن فى الشهادة ما يدعو إلى التلبيس تقبل شهادة المغفل نحو قوله رأيت هذا الشخص قتل هذا الشخص ، أو رأيت فلانا يطأ فلانة [1]

على أن أبا يوسف صاحب أبى حنيفة يؤثر عنه أنه كان يجيز شهادة المغفل ولا يجيز تعديله ، لأن التعديل يحتاج إلى الرأى والتدبير ، والمغفل لا يستقصى فى ذلك ، بينما كان محمد يرد شهادة الصوام القوام المغفل ويقول إنه شر من الفاسق فى الشهادة [2]

والزيديون يردون شهادة من غلب عليه السهو والنسيان ، فإن تساوى ضبطه ونسيانه فالأكثرون لا يصححون شهادته ، والأقلون يجعلونها موضع اجتهاد [3]

٥٣٢ ـ رابعا . الكلام . يشترط فى الشاهد أن يكون قادراً على الكلام فإن كان أخرس فقد اختلف فى قبول شهادته ففى مذهب مالك يقبلون شهادة الأخرس إذا عرفت إشارته وفى مذهب أحمد لا يقبلون شهادة الأخرس ولو فهمت إشارته ، إلا إذا كان يستطيع الكتابة فأدى الشهادة بخطه ،

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤ ـ المهذب ج ٢ ص ٣٤٢ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٥٣ ـ الإقناع ج ٤ ص ٤٣٧
(٢) البحر الرائق ج٧ ص ٨٥
(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٧

وفي مذهب أبي حنيفة لا يقبلون شهادة الأخرس سواء كانت بالإشارة أو بالكتابة، وفي مذهب الشافعي خلاف على قبول شهادة الأخرس، فمنهم من قال: تقبل لأن إشارته كعبارة الناطق في نكاحه وطلاقه، فكذلك في الشهادة، ومنهم من قال: لا تقبل لأن إشارته أقيمت مقام العبارة في موضع الضرورة، وقد قبلت في النكاح والطلاق للضرورة لأنهما لا يستفادان إلا من جهته، ولا ضرورة تدعو لقبول إشارته في الشهادة لأنها تصح من غيره بالنطق، ومن ثم لا تجوز إشارته، وفي مذهب الزيدية رأيان أحدهما أن شهادة الأخرس لا تصح إطلاقاً، والثاني أنها تصح (١)

٥٣٣ – خامساً: الرؤية. ويشترط في الشاهد أن يرى ما يشهد به، فإن كان الشاهد أعمى فقد اختلف في قبول شهادته، فالحنفيون لا يقبلون شهادة الأعمى، لأن أداء الشهادة يحتاج إلى أن يشير الشاهد إلى المشهود له والمشهود عليه، ولأن الأعمى لا يميز إلا بالنغمة وفي تمييزه شبهة، وهم لا يقبلون شهادة من كان أعمى وقت أداء الشهادة ولو كان بصيراً وقت تحمل الشهادة، بل إنهم يرون شهادة البصير الذي عمي بعد أداء الشهادة وقبل القضاء، لأنهم يشترطون الأهلية في الشاهد وقت القضاء لتكون شهادته حجة

والأصل في مذهب أبي حنيفة أن شهادة الأعمى لا تقبل سواء فيما كان طريقه الرؤية، وما كان طريقه السماع والشهرة والتسامع ولكن أبا يوسف يجيز شهادة الأعمى فيما طريقه السماع مطلقاً، ويجيزها فيما طريقه الرؤية إذا كان بصيراً وقت التحمل أعمى عند الأداء، إذا كان يعرف الخصوم بأسمائهم وأنسابهم ويرى زفر أن شهادة الأعمى تجوز فقط في غير الحدود والقصاص فيما يجري فيه التسامع كالنسب والموت، وهذا القول رواية عن أبي حنيفة (٢)

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤ – الإقناع ج ٤ ص ٤٣٦ – البحر الرائق ج ٧ ص ٨٥ – المهذب ج ٢ ص ٣٤٢ – شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٢

(٢) البحر الرائق وحاشية منحة الخالق ج ٧ ص ٨٤، ٨٥ – طرق الإثبات الشرعية ص ٤٠٩، ٤١

ويقبل المالكيون شهادة الأعمى فى الأقوال ، ولو كان قد تحملها بعد العمى مادام فطنا لاتشتبه عليه الأصوات وتيقن المشهود له والمشهود عليه ، فإن شك فى شىء من ذلك لم تجز شهادته ، أما شهادة الأعمى فى المرئيات فلا تقبل إلا أن يكون تحملها بصيراً ثم عمى وهو يتيقن عين المشهود له أو عرفه باسمه ونسبه[1]

ويجيز الشافعيون شهادة الأعمى فيما يثبت بالاستفاضة كالنسب والموت لأن طريق العلم به السماع ، والأعمى كالبصير فى السماع ، ولا يجيزون أن يكون شاهداً فى الأفعال كالقتل والغصب ، لأن طريق العلم بها البصر ، ولا شاهداً فى الأقوال كالبيع والإقرار والنكاح والطلاق إذا كان المشهود عليه خارجاً عن يده لأن شهادته ستقوم على العلم بالصوت وحده ، والصوت يشبه الصوت ، فأما إذا كان المشهود عليه فى يده كرجل أقر وبد الأعمى على رأسه فشهد وهو فى يده لم يفارقه فتقبل الشهادة لأنها عن علم ويقين وإذا تحمل الشهادة وهو بصير قبلت شهادته إذا كان الخصوم معروفين له بالاسم والنسب ، أو إذا كان المشهود عليه فى يده لم يفارقه بعد العمى ويرى بعض فقهاء المذهب قبول شهادة الأعمى مطلقا فى الأقوال إذا عرف الصوت[2]

وفى مذهب أحمد يجيزون شهادة الأعمى كلما تيقن الصوت . أى أنهم يجيزون شهادته فى الأقوال مطلقاً أما فى الأفعال فيجيزون شهادته فى كل ماتحمله قبل العمى إذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه[3] .

ومذهب الزيديين لايكاد يختلف عن مذهب الشافعى ، فالقاعدة عندهم أن شهادة الأعمى لاتصح فيما يفتقر إلى الرؤية عند الأداء ، فإذا شهد بما يحتاج إلى المعاينة عند أداء الشهادة لاتقبل شهادته إلا أن يكون المشهود عليه فى يده من

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ١٥٤

(٢) المهذب جـ ٢ ص ٣٥٣ — أسنى المطالب ج ٤ ص٣٦١

(٣) المغنى جـ ١٢ ص ٦١ ، ٦٢

قبل ذهاب بصره كثوب متنازع عليه فإذا لم تكن المعاينة لازمة عند الأداء قبلت شهادة الأعمى فيما يثبت بطريق الاستفاضة كالنسب والنكاح، فإن كان مما لا يثبت بطريق الاستفاضة قبلت شهادته فقط فيما تحمله قبل ذهاب بصره، لأن الشهادة على الصوت وحده لا تصح، على أن البعض يرى قبول الشهادة كلما عرف الأعمى الصوت على وجه اليقين[1].

أما الظاهريون فيقبلون شهادة الأعمى مطلقاً في الأقوال والأفعال، وفيما تحمله قبل العمى وفيما تحمله بعده، ويردون على من يقولون إن الأصوات تشتبه بأن الصور أيضاً تشتبه، وما يجوز لمبصر أو أعمى أن يشهد إلا بما يوقن ولا يشك فيه، وأن الأعمى لو لم يقطع بصحة اليقين على من يكلمه لما حل له أن يطأ امرأته إذ لعلها أجنبية، ولا يعطى أحداً ديناً عليه إذ لعله غيره، ولا أن يبيع من أحد ولا أن يشترى، وأن الله جل شأنه أمر بقبول البينة ولم يشترط أعمى من مبصر وما كان ربك نسيا[2].

٥٣٤ – سادساً – العدالة: ولا خلاف في اشتراط العدالة في سائر الشهادات، فيجب أن يكون الشاهد عدلا لقوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ ولقوله ﴿ إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ فأمر جل شأنه بقبول شهادة العدل وبالتوقف في نبأ الفاسق، والشهادة نبأ.

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه، ولا تجوز شهادة القانع[3] لأهل البيت »[4].

---

(١) شرح الأزهار جـ ٤ ص ١٩٩، ٢
(٢) المحلى جـ ٩ ص ٤٣٣
(٣) القانع: هو التابع الذي ينفق عليه أهل البيت
(٤) رواه أحمد وأبو داود والترمذي

وفى رواية أخرى « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر[1] على أخيه[2] »

ويفسر بعض الفقهاء الخيانة بحيث تشمل جميع ما افترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره ، ولا يخصها بأمانات الناس ، ويؤيد هذا التفسير بقوله تعالى﴿ إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال﴾[3]

والعدالة كما يعرفها المالكيون هى المحافظة الدينية على اجتناب الكبائر وتوقى الصغائر ، وأداء الأمانة وحسن المعاملة ، وليست العدالة أن يمحض الإنسان الطاعة حتى لا تشوبها معصية إذ ذلك متعذر لا يقدر عليه إلا الأولياء والصديقون لكن من كانت الطاعة أكثر حاله وأغلبها عليه ، وهو مجتنب للكبائر محافظ على ترك الصغائر فهو العدل[4] .

ويعرف الحنفيون العدالة بأنها الاستقامة على أمر الإسلام ، واعتدال العقل ومعارضة الهوى ، وليس لكمالها حد يدرك ، فيكتفى لقبولها بأدنى حدودها وهو رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة ، وعندهم أن العدل هو من لم يطعن عليه فى بطن ولا فرج ، وهو من يكون مجتنباً للكبائر غير مصر على الصغائر ، ومن يكون صلاحه أكثر من فساده ، وصوابه أكثر من خطئه ، ومن تكون مروءته ظاهرة[5]

ويعرف الشافعيون العدالة بأنها اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر فمن تجنب الكبائر والصغائر فهو عدل ، ومن تجنب الكبائر وارتكب الصغائر وكان ذلك نادراً من أعماله لم يفسق ولم ترد شهادته لأنه لا يوجد من يمحض الطاعة ولا يخلطها بمعصية ، وإن كان ذلك غالباً فى أعماله فسق وردت شهادته

(١) ذى الحقد والأحنة (٢) رواه أبو داود
(٣) سورة الأحزاب ٧٢ (٤) مواهب الجليل جـ ٦ ص ١٥
(٥) البحر الرائق جـ ٧ ص ١٠٤ حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٢٥

لأنه من استحار الإكثار من الصغائر استحار أن يشهد بالزور ، فالحكم معلق على الغالب من أفعاله[1]

ويعرف الحنابلة العدالة بأنها استواء أحوال الشخص فى دينه واعتدال أقواله وأفعاله ، ويعتبر لها شيئان . أولهما الصلاح فى الدين وهو من وجه أداء الفرائض بسننها الراتبة ، فلا تقبل الشهادة ممن داوم على تركها لفسقه ، ومن وجه آخر اجتناب المحرم فلا يرتكب كبيرة ولا يدمن على صغيرة وثانيهما . استعمال المروءة وهو الإتيان بما يجمله ويزينه ، وترك مايدنسه ويشينه[2]

ويلاحظ أن فقهاء المذاهب السابقة يلحقون المروءة بشرط العدالة ، لأن ترك المروءة يدل على عدم المحافظة الدينية وهى لازم العدالة

والمروءة عند المالكيين هى المحافظة على فعل ما تركه مباح يوجب الذم عرفاً ، كترك المليء الانتعال فى بلد يستقبح فيه مشى مثله حافياً ، وعلى ترك مافعله مباح يوجب ذمه عرفاً . كالأكل فى السوق . وفى حانوت الطباخ لغير الغريب ، ولا يراد بالمروءة نظافة الثوب وفراهة المركوب وجودة الآلة وحسن الشارة بل المراد التصون والسمت الحسن وحفظ اللسان . وتجنب المجون والسخف . والارتفاع عن كل خلق ردىء يرى أن من تخلق به لا يحافظ معه على دينه وإن لم يكن فى نفسه حرمة[3]

والمروءة عند الحنفيين أن لا يأتى الإنسان بما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند أهل الفضل ، وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دنىء والمروءة عند محمد هى الدين والصلاح[4]

والمروءة عند الشافعيين هى الإنسانية وهى مشتقة من المرء وعندهم أن من ترك الإنسانية لم يؤمن أن يشهد الزور . لأن من لا يستحى من الناس فى

(١) المهذب ح ٢ ص ٣٤٣ — أسنى المطالب ح ٤ ص ٣٣٩
(٢) الإقناع ح ٤ ص ٤٣٧ — المغنى ح ١٢ ص ٣٢
(٣) مواهب الجليل ح ٦ ص ١٥٢ (٤) البحر الرائق ح ٧ ص ١

ترك المروءة لم يبال بما صنع[1] ويستدلون على ذلك بما روى أبو مسعود البدرى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: « إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا لم تستحِ فاصنع ما شئت »

والمروءة عند الحنابلة هى تمسك الإنسان بما يجمله ويزينه وترك ما يشينه، أو هى اجتناب الأمور الدنيئة المزرية بالإنسان من فعل أو قول أو عمل[2]

والعدل فى المذهب الزيدى هو من كان متنزها عن محظورات دينه. فالعدالة عندهم إذن هى التنزه عن المحظورات الدينية[3] ويعرفها بعضهم بأنها ملازمة التقوى والمروءة

والعدل عند الظاهريين هو من لم تعرف له كبيرة ولا مجاهرة بصغيرة. والكبيرة هى ما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم كبيرة أو ما جاء فيه الوعيد والصغيرة ما لم يأت فيه وعيد. وهم لا يشترطون المروءة لتحقق العدالة ويرون الاكتفاء بالطاعة واجتناب المعصية، لأنه إذا كانت المروءة من الطاعة فالطاعة تغنى عنها، وإن لم تكن من الطاعة فلا يجوز اشتراطها فى أمور الديانة إذ لم يأت بذلك قرآن ولا سنة[4]

واختلف الفقهاء فى ثبوت العدالة فرأى أبو حنيفة والظاهريون أن العدالة تفترض فى الشاهد حتى يثبت جرحه، بمعنى أنه إذا لم يجرح المشهود عليه الشاهد قبلت الشهادة دون أن يكون على القاضى أن يتحرى عن عدالة الشاهد، وحجة أبو حنيفة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « الناس عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً فى قذف » وما جاء فى كتاب عمر رضى الله عنه إلى أبى موسى والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجربا عليه شهادة زور أو مجلوداً فى حد أو ظنيناً فى ولاء أو قرابة » وحجة الظاهريين أن فاعل الكبيرة فاسق وأن من عداه عدل لقوله تعالى ﴿إن تجتنبوا كبائرَ ما تنهون عنهُ نُكفرَ عنكم

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٤٣
(٢) المغنى ج ١٢ ص ٣٣ ـ الاقناع ج ٤ ص ٤٣٧
(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٤ ـ البحر الزخار ج ٥ ص ٥
(٤) المحلى ج ٩ ص ٣٩٣، ٣٩٥

سيئاتكم ﴾(١) وما كرهه الله وأسقطه لا يحل لأحد أن يذم به صاحبه ولا أن يصمه به(٢)

ويرى المالكيون والشافعيون والحنابلة والزيديون ومعهم أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفي، أن يتحرى القاضي عن عدالة الشهود ولو لم يجرحهم المشهود عليه لأن القضاء قائم على شهادة العدل فوجب أن يتأكد القاضي من توفر صفة العدالة في الشاهد ليقبل شهادته(٣)

٥٣٥ — سابعا الإسلام ويشترط في الشاهد أن يكون مسلماً، فلا تقبل شهادة غير المسلم سواء كانت الشهادة على مسلم أو غير مسلم. وهذا هو الأصل الذي يسلم به جميع الفقهاء، وهو مأخوذ من قوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم(٤) ﴾ وقوله ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم(٥) ﴾ ولكن هذا الأصل المتفق عليه له استثناءات مختلف عليها

الاستثناء الأول شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض

يرى الحنفيون قبول شهادة الذميين على مثلهم والحربيين على مثلهم، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض، ولأنهم من أهل الولاية على أنفسهم وأولادهم، فيكونون من أهل الشهادة على جنسهم(٦)

ويرى الزيديون قبول شهادة غير المسلم على ملته دون غيرهم من الملل، فلا تجوز شهادة اليهود على النصارى ولا شهادة النصارى على اليهود(٧)

ويرى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم قبول شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض

---

(١) سورة النساء ٣ (٢) البحر الرائق ج ٧ ص ٦٩ — المحلى ج ٩ ص ٣٩٣
(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٣١٢ — الإقناع ج ٤ ص ٤٠ — البحر الرائق جـ ٧ ص ٦٩ — المحلى جـ ٩ ص ٣٩٣، ٣٩٤
(٤) سورة البقرة ٢٨٢ (٥) سورة الطلاق ٢
(٦) البحر الرائق جـ ٧ ص ٢ ١، ١٠٤
(٧) شرح الأزهار جـ ٤ ص ١٩٣

تحقيقاً المصلحة العامة وتحقيقاً للعدالة ، وهما بذلك يرجحان رواية ضعيفة عن أحمد بجواز قبول الشهادة[1]

ولا يقبل المالكيون والشافعيون شهادة غير المسلمين ، وهذا يتفق مع الرواية المشهورة فى مذهب أحمد – وهى الرواية المعمول بها – كما تتفق مع المذهب الظاهرى[2]

الاستثناء الثانى - شهادة غير المسلمين على المسلمين فى الوصية حال السفر :

يرى الحنابلة أنه إذا شهد بوصية المسافر الذى مات فى سفره شهود من غير المسلمين قبلت شهادتهم إذا لم يوجد غيرهم لقوله تعالى ﴿ ياأيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم فى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت ﴾[3]

ويتفق رأى الظاهريين مع رأى الحنابلة فى قبول شهادة غير المسلم إذا لم يوجد غيرهم

أما المالكيون والحنفيون والشافعيون والزيديون فلا يقبلون شهادة غير المسلم فى هذه الحالة ، وحجتهم أن من لاتقبل شهادته على غير الوصية لاتقبل فى الوصية كالفاسق ، ولأن الفاسق لاتقبل شهادته فالكافر أولى واختلفوا فى تأويل الآية . فمنهم من حملها على التحمل دون الأداء ، ومنهم من قال المراد بقوله ﴿ من غيركم ﴾ أى من غير عشيرتكم ، ومنهم من قال معنى الشهادة فى الآية هو اليمين[4]

الاستثناء الثالث : شهادة غير المسلم على المسلم عند الضرورة :

يرى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم قبول شهادة غير المسلم على المسلم فى كل

---

(١) الطرق الحكمية ص ١٥٧ ، ١٦٣

(٢) مواهب الجليل ح ٦ ص ١٥ – اسنى المطالب ح ٤ ص ٣٣٩ – المغنى ح ١٢ ص ٥٣ – المحلى ح ٩ ص ٤٠٦

(٣) سورة المائدة ٦ ١

(٤) المغنى ح ١٢ ص ٥١ – مواهب الجليل ح ٦ ص ١٥٠ – أسنى المطالب ح ٤ ص ٣٣٩ – المحلى ح ٩ ص ٦ ٤ – الطرق الحكمية ص ١٦٣ ، ١٩١

ضرورة حضراً وسفراً فى كل شىء عدم فيه المسلمون قياساً على قبول شهادتهم فى الوصية ، لأن شهادتهم قبلت فى الوصية للضرورة فتقبل فى كل ضرورة

وفى مذهب أحمد رواية بقبول شهادة السبى بعضهم لبعض فى النسب إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه وهذا للضرورة

ويجيز مالك شهادة الطبيب غير المسلم حتى على المسلم للحاجة استثناءاً واحداً فى مذهبه أما بقية الفقهاء فلا يقبلون شهادة غير المسلم[1]

٥٣٦ ـ ثانياً انتفاء موانع الشهادة : ويشترط فى الشاهد أن لا يقوم به مانع يمنع شرعاً من قبول شهادته ، والموانع التى تمنع من قبول الشهادة هى

أ ـ القرابة : تمنع القرابة من قبول الشهادة عند مالك من ذلك أنه لا يقبل شهادة الأبوين لأولادهما ، ولا شهادة الأولاد لأبويهما ، ولا تقبل شهادة الزوجين أحدهما للآخر[2] .

ويمنع أبو حنيفة من قبول شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله وأحد الزوجين للآخر[3]

وفى مذهب الشافعى لا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا ، ولا شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا ، على أن بعض فقهاء المذهب يرى قبولها أما شهادة أحد الزوجين للآخر فلا مانع منها عند الشافعيين[4]

وفى مذهب أحمد لا تقبل شهادة عمودى النسب بعضهم لبعض من والد وإن علا ولو من جهة الأم ، وولد وإن سفل من ولد البنين والبنات كذلك لا تقبل شهادة أحد الزوجين لصاحبه[5]

وحجة من يمنع الشهادة للقرابة ما رواه ابن عمر عن رسول الله صلى الله

(١) المراجع السابقة والمغنى جـ ١٢ ص ٥٤ والطرق الحكمية ١٥٩ ، ١٧١ ، ١٧٤
(٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص ١٥٤
(٣) البحر الرائق جـ ٧ ص ٨٧ ، ٨٩ (٤) المهذب جـ ٢ ص ٣٤٧
(٥) الإقناع جـ ٤ ص ٤٢١

عليه وسلم أنه قال « لاتقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى حنة » والظنين المتهم ، والقريب متهم بمحاباة قريبه

ويرى الظاهريون والزيديون أن القرابة لاتمنع من قبول الشهادة ما دام الشاهد عدلا ، فكل عدل مقبول لكل أحد وعليه[1] .

ب ـ العداوة : وجمهور الفقهاء لايقبلون شهادة العدو على عدوه إذا كانت العداوة من الشاهد والمشهود عليه فى أمر الدنيا كالأموال والمواريث والتجارة ونحوها أما إذا كانت غضباً لله لفسقه وجراءته على الله لغير ذلك لم تسقط . ولذلك تجوز شهادة المسلم على غير المسلم لأن عداوة الدين عامة والمعتبر فى عدم قبول الشهادة العداوة الخاصة ، وعلى هذا مذهب مالك والشافعى وأحمد والمذهب الزيدى[2]

وفى مذهب أبى حنيفة يرى المتأخرون أن شهادة العدو لاتقبل على عدوه إن كانت العداوة دنيوية . لأن المعاداة لأجل الدنيا حرام فمن عادى لأجل الدنيا لايؤمن منه التقول على عدوه أما إذا كانت العداوة لأجل الدين فإنها لاتمنع من قبول الشهادة ، لأنها تدل على كمال دين الشاهد وعدالته وهذا لأن المعاداة قد تكون واجبة كأن رأى فيه منكراً ولم ينته بنهيه

أما المتقدمون من فقهاء المذهب فيرون أن العداوة بسبب الدنيا لا تمنع من الشهادة مالم يفسق الشاهد بسببها أو يجلب منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة

ويرى أبو حنيفة نفسه أن شهادة العدو على عدوه تقبل إن كان عدلا ولكن المتأخرين خالفوا رأيه لما رواه أبو داود مرفوعاً « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه » والغمر هو الحقد[3]

(١) المحلى جـ ٩ ص ٤١٥ ـ شرح الأزهار جـ ٤ ص ١٩٨ ، ١٩٩
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٩ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٥٢ ـ المهذب جـ ص ٣٤٨ ـ المغنى جـ ١٢ ص ٥٥ ـ شرح الأزهار جـ ٤ ص ١٩٧
(٣) البحر الرائق جـ ٧ ص ٩٣ ، ٩٤

ويرى الظاهريون أن الحكم يتعلق بنفس الشاهد فإن كانت عداوته للمشهود له تخرجه إلى ما لا يحل فهي جرحة فيه ترد شهادته لكل أحد وفي كل شيء، وإن كانت العداوة لا تخرج الشاهد إلى ما لا يحل فهو عدل مقبول الشهادة

ويرد الظاهريون الحديث السابق من كل طرقه، لأن في رواته مجهولين أو لأنه مرسل، ويحتجون بقوله تعالى ﴿ ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن لا تعدلوا، اعدلوا هو أقرب للتقوى[1] ﴾ ويرون أن الله أمرنا بالعدل على أعدائنا فصح أن من حكم بالعدل على عدوه أو صديقه أو لهما أو شهد وهو عدل على عدوه أو صديقه أو لهما فشهادته مقبولة وحكمه نافذ[2] .

حـ — التهمة وهي أن يكون بين الشاهد والمشهود له ما يبعث على الظن بأن الشاهد يحابي المشهود له بشهادته، أو أن يكون للشاهد مصلحة تعود عليه من أداء الشهادة، ويدخل تحت التهمة شهادة القريب لقريبه والعدو على عدوه، ولكننا رأينا أن نخص القرابة والعداوة بالكلام على حدة لما لهما من أهمية خاصة

والشهادات التي يتهم فيها الشاهد كثيرة، من ذلك شهادة الشريك لشريكه وشهادة الأجير لمن يستأجره، وشهادة الخادم لمخدومه، وشهادة السائل، وشهادة الوكيل لموكله، وشهادة من يدفع بالشهادة عن نفسه ضرراً أو يجر لنفسه نفعاً

والأصل في عدم قبول الشهادة للتهمة قوله تعالى ﴿وأدنى ألا ترتابوا[3]﴾ وما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تجوز شهادة ظنين » وأنه قال « لا تجوز شهادة ذي الظنة ولا ذي الحنة » والظنة التهمة والحنة العداوة

والفقهاء لم يتفقوا على كل الحالات التي ترد فيها الشهادة للتهمة، فبعضهم يرد الشهادات في كل الحالات التي سبق ذكرها، وبعضهم يردها في حالات دون حالات أو من وجه دون وجه، ومنشأ ذلك اختلاف وجهات النظر عند التطبيق.

ويمكن القول بأن جمهور الفقهاء في مذهب مالك وأبي حنيفة والشافعي

(١) سورة المائدة ٨ (٢) المحلى حـ ٩ ص ٤٩٨ ، ٢٠

(٣) سورة البقرة ٢٨٢

وأحمد وزيد لا يقبلون الشهادة للتهمة على اختلاف بينهم في التطبيق . أما الظاهريون فلا يرون الشهادة للتهمة ، ويرون قبول الشهادة مادام الشاهد عدلا[1] .

٥٣٧ ـ الشروط الخاصة للشهادة على الزنا : ـ يشترط أن تتوفر في شاهد الزنا ـ بعد الشروط العامة التي ذكرناها ـ شروط خاصة هي ـ

أولا : الذكورة . يشترط جمهور الفقهاء في شهود الزنا أن يكونوا رجالا كلهم ، ولا يقبلون في الزنا شهادة النساء ، ذلك أن النصوص قاطعة في أن عدد الشهود لا يقل عن أربعة[2] وأن شهادة الرجل تعادل شهادة امرأتين ﴿ فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ﴾[3] وإذا كان لفظ الأربعة اسم لعدد الشهود فإن ذلك يقتضي الاكتفاء بشهادة أربعة ، ولا شك في أن الأربعة إذا كان بعضهم نساء لا يكتفى بهم إذ أن أقل ما يجزىء في هذه الحالة خمسة على فرض أن فيهم امرأة واحدة ، وهذا مخالف للنص كذلك فإن في شهادة النساء شبهة لتطرق الضلال إليهن والقاعدة عند جمهور الفقهاء أن الحدود تدرأ بالشبهات

ومذاهب الفقهاء الأربعة[4] تقوم على اشتراط الذكورة في الشاهد وكذلك مذهب الشيعة الزيدية[5] على أن اشتراط الذكورة إذا كان له محل في شهادة الإثبات فلا محل لاشتراطه في شهادة النفي ومن ثم يجوز أن تكون شهود النفي من النساء .

---

(١) المحلى ج ٩ ص ٤١٢ ، ٤٢٠ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤ ، ١٧٧ البحر الرائق ج ٧ ص ٨٦ ، ٧ ١ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٤٩ ، ٣٥٤ ـ المغني ج ١٢ ص ٤٩ ، ٦٠ شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٥ ، ١٩٩

(٢) راجع الفقرة ٥١ (٣) سورة البقرة ٢٨٢

(٤) مواهب الجليل ج٦ ص ١٨٠ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٤ المهذب ج ٢ ص ٣٥ ـ المغني ج ١ ص ١٧٥

(٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٨٥، ١٨٦

وقد روى عن عطاء وحماد أنهما قبلا شهادة ثلاثة رجال وامرأتين فى الزنا[1]

ويرى ابن حزم أنه يجوز أن يقبل فى الزنا امرأتان مسلمتان عدلتان مكان كل رجل فيكون الشهود ثلاثة رجال وامرأتين أو رجلين وأربع نسوة أو رجلا واحداً وست نسوة أو ثمان نسوة فقط لا رجال معهم[2]

هل يصح أن يكون الزوج شاهداً ؟ لا يجيز مالك والشافعى وأحمد أن يكون الزوج أحد الشهود على زوجته الزانية ، لأن الزوج يقذف الزوجة بالزنا ، أو لأنه متهم بدعواه أن الزوجة خائنة[3]

ويرى أبو حنيفة أن يكون الزوج أحد الشهود الأربعة ، وأنه غير متهم فى شهادته لأن التهمة ما توجب جر نفع ، والزوج ملحق على نفسه بهذه الشهادة لحوق العار وخلو الفراش خصوصاً إذا كان له منها أولاد صغار[4] وعلى هذا مذهب الزيديين[5]

ويفرق ابن حزم بين ما إذا جاء الزوج قاذفاً وبين مجيئه شاهداً ، فإن جاء الزوج قاذفاً فلا بد من أربعة شهود سواه وإلا حد أو يلاعن ، فإن لم يكن قاذفاً لكن جاء شاهداً فإن كان عدلا ومعه ثلاثة عدول فهى شهادة تامة وعلى المشهود عليها حد الزنا[6]

ثانياً الأصالة ويشترط أبو حنيفة الأصالة فى الشهود ، أى أن يكونوا شهدوا الحادث بأنفسهم ، فلا تقبل عنده شهادة الشاهد على الشاهد[7] أى الشهادة السماعية ، كما أنه لا يقبل كتاب القاضى إلى القاضى ، أى أنه لا يقبل شهادة شهود الإثبات أمام قاض غير القاضى الذى ينظر الدعوى ويفصل فيها إذا شهدوا كلهم

(١) المغنى ج ١٠ ص ١٧٥ (٢) المحلى ج ٩ ص ٣٩٥

(٣) المدونة ج ١٦ ص ٨ – المهذب ج ٢ ص ٣٨٤ الإقناع ج ٤ ص ٤٤٢

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٤ (٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٧

(٦) المحلى ج ١١ ص ٢٦١ ، ٢٦٣

(٧) تسمى شهادة الشاهد السماعية وتسمى أيضاً بالإرعاء لأن الأصل يسترعى الشاهد لسماع شهادته

أو بعضهم أمام الأول فأرسل شهادتهم إلى الأخير ، لأن كتاب القاضى يعتبر بذاته شهادة على شهادة

والعلة فى منع الشهادة على الشهادة قيام الشبهة فى صحة الشهادة المنقولة ، ذلك أن الاحتياط واجب فى الحدود ، وأن الحدود تدرأ بالشبهات فلا تقبل الشهادة المشتبهة فى صحتها .

ويرتب أبو حنيفة على عدم قبول شهادة الفروع[1] أنه إذا جاء الأصول بعد رد شهادة الفروع فشهدوا بأنهم عاينوا الحادث وذكروا نفس ما شهد به الفروع من الزنا ، فلا تقبل شهادة الأصول أيضاً لأن شهادتهم قد ردها الشرع من وجه برد شهادة الفروع فى عين الحادثة التى شهد بها الأصول إذ هم قائمون مقامهم فيصار ذلك شبهة فى درء الحد عن المشهود عليه بالزنا[2]

والأصل عند أبى حنيفة هو قبول الشهادة على الشهادة ، ولكنه لا يقبلها استثناء فى الحدود والقصاص[3].

والأصل عند الشافعى أن الشهادة على الشهادة تجوز فى حقوق الآدميين وفيما لا يسقط بالشبهة من حقوق الله تعالى ، لأن الحاجة تدعو لذلك عند تعذر شهادة الأصل بالموت والمرض والغيبة ، أما الحدود المقررة حقاً خالصاً لله تعالى وهى حد الزنا وحد السرقة وقطع الطريق وشرب الخمر ففيها قولان . أحدهما أنه يجوز فيها الشهادة على الشهادة لأنه حق يثبت بالشهادة فجاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق الآدميين والثانى أنه لا يجوز لأن حدود الله تعالى مبنية على الدرء والإسقاط فلا تثبت إلا بما يؤكدها ويوثقها ، والشهادة على الشهادة فيها من الشبهة مايمنع من التأكيد والتوثيق ،وهذا هو الرأى الراجح فى المذهب[4]

(١) تسمى شهادة من عاين الحادث شهادة الأصول ، وتسمى شهادة الناقلين عن الأصول شهادة الفروع

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٢١ (٣) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤٤

(٤) المهذب جـ ٢ ص٣٥٥ — أسنى المطالب جـ ٤ ص ٣٧٧ — نهاية المحتاج جـ ٨ ص١٥١

والقاعـــدة عند الشافعى أن ما يثبت بالشهادة على الشهادة يثبت بكتاب القاضى إلى القاضى ، وما لا يثبت بالشهادة على الشهادة لا يثبت بكتاب القاضى إلى القاضى ، لأن الكتاب لا يثبت إلا بتحمل القاضى الذى كتبه الشهادة فكان حكمه حكم الشهادة على الشهادة[1]

ويرى أحمد أن الشهادة على الشهادة لا تقبل إلا فى حق يقبل فيه كتاب القاضى إلى القاضى ، وترد فيما يرد فيه[2] ولا يقبل كتاب القاضى عند أحمد فى حد لله تعالى كالزنا ، ويقبل فى كل حق آدمى من المال وما قصد به المال كالدية والقصاص والقذف ويعللون التسوية بين كتاب القاضى والشهادة على الشهادة بأن كتاب القاضى ليس إلا شهادة على شهادة[3]

ولا يقبل الزيديون الشهادة على الشهادة فى الزنا ، لأن القاعدة عندهم أن الشهادة على الشهادة (أو الارعاء) تجوز فى جميع الحقوق إلا الحد والقصاص[4]

ولا يشترط مالك الأصالة فى الشهود ، فتجوز عنده الشهادة على الشهادة فى الحدود وغير الحدود كما يقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحدود وغير الحدود.

ويشترط فى مذهب مالك أن ينقل عن كل شاهد أصيل شاهدان ، ويجوز أن ينقل الشاهدان عن شاهد واحد أو عن أكثر من شاهد ، ولكن لا يجوز بحال أن ينقل شاهد واحد عن شاهد أصيل ولو مع يمين المدعى ، ويشترط فى الشاهدين الناقلين أن لا يكون أحدهما شاهداً أصيلا ، كأن يشهد شخص على معاينة الجريمة ، ويشهد مع غيره على شهادة آخر عاين الجريمة[5]

وفى الزنا يجوز أن يشهد أربعة على شهادة أربعة أو يشهد كل اثنين على شهادة واحد أو شهادة اثنين ، أو يشهد ثلاثة على شهادة ثلاثة ويشهد اثنان على شهادة الرابع

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٥٥ (٢) الإقناع ج ٤ ص ٤٤٧
(٣) الاقناع ج ٤ ص ٦ ٤ (٤) شرح الازهار ج ٤ ص ١٨٦ ، ٥٠
(٥) شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٩٥

أما إذا شهد اثنان أو ثلاثة على شهادة الأربعة فلا تقبل الشهادة ، لأنهم يوجبون أن لا يكون عدد الشهود السامعين أقل من عدد الشهود الأصليين[1]

وإذا شهد اثنان على شهادة ثلاثة وشهد اثنان على شهادة الرابع لم تصح الشهادة ، لأنه لا يصح أن يكون عدد الشهود السامعين أقل من عدد الأصليين وكذلك الحكم لو أدى الرابع الشهادة بنفسه أو نقل ثلاثة عن ثلاثة وواحد عن كل الأربعة إذ الرابع لم ينقل عنه اثنان[2].

ويجوز عند مالك أن تجتمع شهادة النقل بشهادة الأصل ويلفق منهما شهادة واحدة في الزنا وغيره كأن يشهد اثنان على رؤية الزنا وينقل اثنان عن كل واحد من الاثنين الآخرين ، أو يشهد ثلاثة بالرؤية وينقل اثنان عن كل واحد من الاثنين الآخرين ، أو يشهد ثلاثة بالرؤية وينقل اثنان عن الرابع ، فتتم الشهادة في هاتين الصورتين وتعتبر شهادة مقبولة ، لكن إذا نقل اثنان عن ثلاثة وشهد الرابع بنفسه فلا تقبل الشهادة لأن النقل غير صحيح إذ الاثنان لا ينقلان عن ثلاثة[3]

وعند الظاهريين تقبل الشهادة على الشهادة في كل شيء ويقبل في ذلك واحد على واحد ، لأن الله تعالى أمرنا بقبول شهادة العدول ، والشهادة على الشهادة شهادة عدول فقبولها واجب ، ولا فرق بين واحد وبين اثنين في تبيين الحق خصوصاً وأن ما ينقله شاهد السماع خبر والخبر يؤخذ من الواحد الثقة[4]

والقاعدة عند جمهور الفقهاء[5] أن الشهادة على الشهادة لا يجوز الحكم بها إلا عند تعذر حضور الشهود الأصلاء كأن يموت الشاهد الأصيل ، أو يمرض

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٩٨ ، ١٩٩

(٢) شرح الزرقاني جـ ٧ ص ١٩٥ ، ١٩٦

(٣) شرح الزرقاني ص ١٩٦ (٤) المحلى جـ ٩ ص ٤٣٨ وما بعدها

(٥) يرى أبو يوسف ومحمد بن الحسن قبول الشهادة على شهادة الحاضر في المصر وإن كان صحيحاً ويرى مثل ذلك ابن حزم وحجته أنه لم يجد لمن منع من قبول الشهادة على شهادة الحاضر حجة أصلا لا من قرآن ولا من سنة ولا من قول أحد سلف ولا قياس ولا معقول المحلى جـ ٩ ص ٤٣٨ ، ٤٣٩

مرضاً يمنعه من الانتقال ، أو أن يكون غائباً أو مجهول المكان فإذا كان حضور الأصيل ممكناً لم تقبل الشهادة على الشهادة ، لأن شهادة الأصل أقوى لكونها مثبتة لنفس الحق أما الشهادة على الشهادة فتثبت شهادة الشاهد الأصيل (١)

ورأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد فى كتاب القاضى إلى القاضى يتفق مع قاعدة القانون المصرى فى المسائل الجنائية ، إذ يوجب أن يسمع الشهود القاضى الذى يحكم فى القضية أما رأى مالك والظاهريين فيتفق مع قاعدة القانون المصرى فى المسائل المدنية ، إذ يجيز فى المسائل المدنية أن يسمع الشهود قاض غير الذى يحكم فى القضية ثم يرسل بالشهادة مكتوبة إلى زميله الذى ينظر موضوع القضية

ثالثاً ألا يكون متقادم الحد — يشترط أبو حنيفة لقبول الشهادة أن لا يكون حادث الزنا قد تقادم ، والأصل فى مذهب أبى حنيفة أن شهادة الشهود بحد متقادم لا تقبل إلا فى حد القذف خاصة ، وعلة التفرقة بين القذف وغيره من الحدود أن الشاهد لا يستطيع أن يتقدم بشهادته فى القذف إلا بعد رفع الدعوى ، ولا يحرك الدعوى إلا المقذوف فإذا تأخر الشاهد حتى رفعت الدعوى فلا تهمة ، أما بقية الحدود فيجوز للشاهد فيها أن يتقدم لشهادته دون حاجة لشكوى من المجنى عليه

ويحتج الحنفيون لفكرة التقادم بأن الشاهد طبقاً لقواعد الشريعة مخير إذا شهد الحادث بين أداء الشهادة حسبة لله تعالى لقوله جل شأنه ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾(٢) وبين أن يتستر على الحادث لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه فى الآخرة » فإذا سكت الشاهد عن الحادث حتى قدم عليه العهد دل ذلك على اختيار جهة الستر ، فإذا شهد بعد ذلك فهو دليل على أن الضغينة هى التى حملته على الشهادة ، ومثل هذا لا تقبل شهادته للتهمة

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٩٨ — المهذب ج ٢ ص ٣٥٥ — الاقناع ج ٤ ص ٤٤٧ حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٤٤ (٢) سورة الطلاق ٢

والصمينة ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم ، ولم ينقل أن أحدا أنكر عليه هذا القول فيكون إجماعاً ، والمستفاد من قول عمر إن الشهادة المتأخرة تورث التهمة ولا شهادة لمتهم طبقاً لقواعد الشريعة العامة [1] .

ومع أن أبا حنيفة يقول بالتقادم على الوجه السابق ، فإنه يرد الشهادة المتقادمة ، ويقبل الإقرار بما سوى الشرب ويؤيده فى هذا أبو يوسف ولكن محمداً بن الحسن يرى رد الشهادة المتقادمة ويقبل الإقرار مطلقاً حتى بالشرب القديم [2]

ويستخلص مما سبق أن الحنفيين لا يجعلون للتقادم أثراً على الجريمة ، فالجريمة قائمة مهما تقادم عليها العهد ومن الواجب أن يعاقب مرتكبها ، ولكنهم يجعلون للتقادم أثراً على الشهادة بحيث إذا تأخرت الشهادة عن الوقت المناسب ردت للتهمة ، ورد الشهادة يؤثر من طريق غير مباشر على الجريمة إذ لا يعاقب الجانى عليها لانعدام الأدلة

وهناك رأى آخر نقل عن ابن أبى ليلى وخلاصته أن لا تقبل الشهادة ولا الإقرار أيضاً إذا تقادما [3]

ولا يمنع التقادم عند أبى حنيفة من قبول الشهادة إلا إذا كان تأخر الشاهد فى التقدم بشهادته لغير عذر ظاهر ، فإن كان التأخر فى الشهادة لعذر ظاهر قبلت الشهادة ، كبعد المسافة عن محل القاضى أو كرض الشاهد أو غير ذلك من الموانع الحسية [4]

ولم يقدر أبو حنيفة للتقادم حداً ، وفوض الأمر للقاضى يقدره طبقاً

(1) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٦ ــ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٢
(2) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٢
(3) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٢
(4) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٥

لظروف كل حالة لأن اختلاف الأعذار يجعل التوقيت متعذراً ، ولكن بعض فقهاء المذهب قدروا التقادم بشهر وقدره البعض الآخر بستة أشهر[1]

أما مالك والشافعى وأصحابهما ومعهم الزيديون والظاهريون فلا يعترفون بالتقادم ويقبلون الشهادة المتأخرة والإقرار بجريمة قديمة ولا يردونهما لقدمهما[2]

وفى مذهب أحمد رأيان أحدهما يتفق مع رأى أبى حنيفة والثانى يتفق مع رأى مالك والشافعى وهو الرأى المعمول به فى المذهب[3]

رابعا - أن تكون الشهادة فى مجلس واحد ويشترط عند مالك وأبى حنيفة وأحمد أن يتقدم شهود الزنا بشهادتهم فى مجلس قضائى واحد ، وليس من الضرورى عند أحمد أن يأتى الشهود مجتمعين ، فيصح أن يأتوا متفرقين مادام مجلس القضاء منعقداً ، فإذا انقضى المجلس فلا تقبل شهادة المتأخر منهم ، واعتبر من أدى الشهادة قاذفاً ما دام أن عددهم أقل من أربعة ، أما مالك وأبو حنيفة فيشترطان تجمع الشهود عند بدء الشهادة ، فإن جاءوا متفرقين يشهدون واحداً بعد الآخر لا تقبل شهادتهم ويحدون وإن كثروا ، فالشرط إذن اجتماعهم فى مجلس واحد وقت أداء الشهادة ، أما إذا جاء بعضهم لمجلس فى أماكن الشهود فلما بدأت المحكمة سماع الشهود لم يكن عددهم متكاملا فلما سئل أحدهم جاء الثانى ولما سئل الثانى حضر الثالث وهكذا فإن شهادتهم لا تقبل ويعتبرون قذفه[4]

ولا يشترط الشافعيون والزيديون والظاهريون هذا الشرط ويستوى عندهم أن يأتى الشهود متفرقين أو مجتمعين وأن تؤدى الشهادة فى مجلس واحد أو أكثر

(1) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٦٥
(2) المغنى ج ١٠ ص ١٨٧ - المحلى ج ١١ ص ١٤٤ - شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٣٩
(3) المغنى ج ١٠ ص ١٨٧
(4) مواهب الجليل جـ ٦ ص ١٧٩ - شرح الزرقانى جـ ٧ ص ١٧٦ وجـ ٨ ص ٨١ شرح فتح القدير ح ٤ ص ١٢٠ - بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٨ - المغنى ج ١٠ ص ١٧٨ ، ١٧٩

من مجلس ، وحجتهم أن الله تعالى قال ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ﴾ فذكر الشهود ولم يذكر المجلس ، وقال ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت ﴾ ولأن كل شهادة مقبولة ، تقبل إن اتفقت ولو تفرقت فى مجلس كسائر الشهادات[1] .

ويحتج أصحاب الرأى المضاد بعمل عمر رضى الله عنه فقد شهد على المغيرة ابن شعبة ثلاثة وهم أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد ولم يشهد زياد فحد عمر الثلاثة ولو كان المجلس غير مشترط لم يجز أن يحدهم لجواز أن يكملوا برابع فى مجلس آخر ، ولأنه لو شهد ثلاثة فحدهم ثم جاء رابع فشهد لم تقبل شهادته ولولا اشتراط المجلس لكملت شهادتهم وأما الآية فإنها لم تتعرض للشروط ولهذا لم تذكر العدالة وصفة الزنا مثلا ، ولأن قوله تعالى ﴿ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ﴾ لا يخلو من أن يكون مطلقاً فى الزمان كله أو مقيدا ، ولا يصح أن يكون مطلقاً لأنه يمنع من جواز جلدهم ، لأنه ما من زمن إلا يجوز أن يأتى فيه بأربعة شهداء أو يكملهم إن كان قد شهد بعضهم فيمتنع جلدهم المأمور به ، وإذا ثبت أنه مقيد فأولى ما قيد به المجلس لأن المجلس كله بمنزلة الحال الواحدة[2]

خامساً أن يكون عدد الشهود أربعة — إذا شهد على الزنا أقل من أربعة شهود لم تقبل شهادتهم وحدوا حد القذف عند مالك وأبى حنيفة والزيديين[3] لقوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾[4]

والرأى الراجح فى مذهب الشافعى ومذهب أحمد يتفق مع رأى مالك وأبى حنيفة ، أما الرأى المرجوح فيرى أصحابه ألا يحد الشهود إذا نقص عددهم

---

(١) المغنى ج ١ ص ١٨٧ — المهذب ج ٢ ص ٣٥٠ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٧ — المحلى ج ١١ ص ٢٥٩

(٢) المغنى ج ١ ص ١٧٨

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧ — شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٩٧ — المغنى ج ١٠ ص ١٧٩ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٨ هامش

(٤) سورة النور ٤

عن أربعة ما دام أنهم قد جاءوا مجيء الشهود أي تقدموا لأداء الشهادة حسبة لله تعالى ، ولم يكن ثمة ما يدفعهم للشهادة غير ذلك، ولأن الشهادة على الزنا أمر جائز والجائز لا عقاب عليه ، ولأن إيجاب العقاب يؤدي إلى الامتناع عن الشهادة خشية أن يتوقف أحد الشهود عن الشهادة[١]

ويرى الظاهريون أن الشاهد بالزنا لا يحد أصلا سواء كان معه غيره أم لم يكن إذ الحد شرع للقاذف الرامي ولم يشرع للشهداء أو البينة ، وقد فرق القرآن والسنة بين الشاهد من البينة و بين القاذف الرامي فلا يحل البتة أن يكون لأحدهما حكم الآخر[٢]

ويرد أصحاب الرأي المخالف بأن الثابت من قضاء عمر أنه حد الشهود الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة بن شعبة حينما لم يكمل الرابع الشهادة وكان ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكره أحد

وإذا تبين أن الشهود الأربعة ليس لكلهم أو لبعضهم أهلية الشهادة كأن كان أحدهم فاسقاً أو محدوداً في قذف ، فيرى مالك سقوط الشهادة وأن على الشهود جميعاً الحد ، لأنها شهادة لم تكمل ، هذا إذا تبين انعدام الأهلية قبل الحكم ، أما إذا كان ذلك بعد الحكم فلا حد على واحد منهم ، لأن الشهادة تمت باجتهاد القاضي[٣]

ويرى أبو حنيفة[٤] حد الشهود سواء تبين انعدام الأهلية قبل الحكم أو بعد الحكم وقبل التنفيذ ، أما إذا كان العلم بانعدام الأهلية بعد التنفيذ فإن كان الحد جلداً فكذلك يحد الشهود ولا يضمنون أرش الضرب في قول أبي حنيفة ، وعند محمد وأبي يوسف يجب الأرش في بيت المال وإن كان الحد رجماً فلا يحد الشهود لأنه تبين أن كلامهم وقع قذفاً ، ومن قذف حيا ثم مات

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٥ — المغني ج ١ ص ١٧٩
(٢) المحلى ج ١١ ص ٢٦ (٣) شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٩٨
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٨

المقذوف سقط الحد وتكون الدية فى بيت المال إذ يعتبر الخطأ حاصلا من القاضى، وخطأ القاضى فى بيت المال ، لأنه عامل لعامة المسلمين و بيت المال مالهم

و يفرقون فى مذهب أبى حنيفة بين الشهود باعتبار أهليتهم للتحمل والأداء فمنهم من هو أهل للتحمل والأداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل ومنهم من هو أهل للتحمل والأداء على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومنهم من ليس أهلا للتحمل ولا للأداء كالصبيان والمجانين والكفار ، ومنهم من هو أهل للتحمل دون الأداء كالمحدودين فى قذف العميان ، والنوع الأول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق بها ، والثانى يجب التوقف فى شهادته حتى يظهر صدقه ، والثالث لا شهادة له أصلا ، والرابع تصح شهادته متحملا ولا تقبل منه مؤديا

ويرتبون على هذه التفرقة أن من فقد أهلية التحمل أو الأداء أوهما معا يعتبر قاذفا بشهادته فإذا شهد أربعة عميان أو كفار أو محدودون فى قذف ، حدوا حد القذف ، وإذا شهد أربعة بالزنا أحدهم أعمى أو كافر أو محدود فى قذف وجب على الأربعة حد القذف الأول لانعدام أهليته والثلاثة لأن الشهادة لم تكمل أما إذا شهد بالزنا أربعة فساق فإن الحد يسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت إذ أنهم أهل للشهادة على وجه القصور وكذلك الحال إذا شهد أربعة أحدهم فاسق[1]

وعند الشافعى أنه إذا شهد أربعة بالزنا فرد الحاكم شهادة أحدهم فإن كان الرد بسبب ظاهر بأن كان أحدهم عبداً أو كافراً أو متظاهرا بالفسق كان الأمر كما لو لم يتم العدد ، لأن وجود هذا الشاهد كعدمه فلا يكمل العدد ، و إن كان الرد بسبب خفى كالفسق الباطن ففيه وجهان أن حكمه حكم ما لو نقص العدد لأن عدم العدالة كعدم الوجود ، والوجه الثانى أنهم لا يحدون قولا واحداً لأنه إذا كان الرد بسبب باطن لم تكن من جهتهم تفريط فى الشهادة فهم معذورون

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٦٩ ، ١٧٠

فلا حد عليهم ، وإن كان الرد بسبب ظاهر كانوا مفرطين فوجب الحد عليهم[1]

وفي مذهب أحمد ثلاث روايات إن كان الشهود غير مرضيين كلهم أو أحدهم الأولى عليهم الحد لأنها شهادة لم تكمل فوجب الحد على الشهود كما لو كانوا ثلاثة ، والثانية لاحد عليهم لأنهم جاءوا أربعة شهداء فدخلوا في عموم الآية لأن عددهم كمل ورد الشهادة لمعنى غير تفريطهم ، فأشبه ما لو شهد أربعة مستورون ولم تثبت عدالتهم أو فسقهم ، الثالثة . إذا كانوا فساقاً فلا حد عليهم وإن لم يكونوا كذلك وكانوا غير مرضيي الشهادة كالكفار والعميان فعليهم الحد[2] .

ويلاحظ بهذه المناسبة ما سبق أن قلناه من أن في مذهب الشافعي وأحمد رأي يرى أصحابه أن لا يحد الشهود إذا نقص عددهم ما دام أنهم قد جاءوا مجيء الشهود

ومذهب الزيديين على أنه إذا كمل عدد الشهود سقط حد القذف عنهم ولو لم تكمل عدالتهم لكن إذا لم يكونوا عدولا لم يحد المقذوف ، وكذلك لو كان أحد الشهود غير أهل للشهادة كالأعمى والمجنون فإن الحد يسقط عن الشهود وعن المقذوف[3] ومعنى ما سبق أن الشهود لا يحدون إلا في حالة واحدة هي أن لا يكمل عددهم أربعة

أما الظاهريون فقد رأينا قبل أنهم لا يرون حد الشاهد سواء كان وحده أو كان معه غيره ، ذلك أن الحد حمل للقاذف لا الشاهد

ومن المتفق عليه أن شاهد السماع لاحد عليه إذا لم تقبل شهادته أو لم يكمل عدد الشهود ، لأن شهادته لا تعتبر قذفاً إذ أنه ينقل عن غيره والمفروض أنه حسن النية[4] فإذا شهد ثلاثة بأنهم رأوا الزنا وشهد الرابع بأنه سمع من آخر بأنه رأى الزنا لم تكمل الشهادة وحد شهود الرؤية عند من يرى حد الشهود إذا لم

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٥٠ (٢) المغني ج ١٠ ص ١٨١
(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٥٤ ، ٣٥٥
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٨

تكمل الشهادة[1] ولم يحد شاهد السماع. أما إذا شهد اثنان بالسماع وشهد ثلاثة بالرؤية فتقبل الشهادة وتعتبر كاملة عند مالك والظاهريين ولا تقبل عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والزيديين ويحد الشهود الثلاثة عند أبي حنيفة والزيديين وعلى الرأي الراجح في مذهبي الشافعي وأحمد.

وتقبل شهادة الشهود ولو اعترفوا بأنهم تعمدوا النظر إلى فرج المرأة ولا تبطل شهادتهم بذلك لأن أداء الشهادة في الزنا يقتضي النظر إلى عين الفرج فيكون النظر مباحاً للشهود بقصد إقامة الشهادة، كما يباح للطبيب بقصد علاج المرض[2].

وإذا رجع الشهود عن الشهادة أو واحد منهم، فيرى مالك أن يحد الشهود الراجعون عن شهادتهم حد القذف إذا كان الرجوع بعد الحكم سواء كان قبل الاستيفاء أو بعده، أما إذا كان الرجوع قبل الحكم فيحد جميع الشهود ولو كان الرجوع من أحدهم فقط لأن الشهادة لم تكمل[3].

والأصل عند مالك أن الرجوع عن الشهادة قبل الحكم يسقط الشهادة لاعتراف الشهود بأنهم كانوا على وهم أو شك أو كانوا غير عادلين. أما إذا كان الرجوع بعد الحكم وقبل الاستيفاء فالشهادة لا تسقط ولكن ينقض الحكم إذا تبين كذب الشهادة، كأن يتبين أن المتهم بالزنا مجبوب أو يظهر الشخص المدعى قتله، وإذا كان الرجوع بعد الحكم وبعد الاستيفاء فلا تسقط الشهادة ولا ينقض الحكم ولكن يعاقب الشهود[4].

---

(1) يحد الشهود في هذه الحالة طبقاً لمذهب مالك وأبي حنيفة وزيد وعلى الرأي الراجح في مذهب الشافعي ومذهب أحمد ولكنهم لا يحدون طبقاً لمذهب الظاهريين لأنهم يجيزون شهادة السماع ويجيزون أن ينقل الواحد عن واحد

(2) شرح فتح القدير ج 4 ص 176 ـ المهذب ج2 ص352 ـ المغني ج 10 ص 177 شرح الزرقاني ج 7 ص 177 ـ مواهب الجليل ج 6 ص 179 ـ شرح الأزهار ج 4 ص 388 (3) شرح الزرقاني ج 7 ص 197 (4) شرح الزرقاني ج 7 ص 196

ويرى أبو حنيفة أنه إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم ، فإذا رجع أحدهم بعد الإمضاء فعليه ربع الدية وعليه حد القذف ، ويرى زفر أن لا يحد ، وإذا لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى يرجع أحدهم أي أن الرجوع يكون بعد القضاء وقبل الإمضاء فإن الشهود يحدون جميعاً ، وقال محمد وزفر يحد الراجع وحده لأن الشهادة تأكدت بالقضاء ، وإذا رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعاً ، وقال زفر يحد الراجع وحده[1]

والقاعدة عند الشافعي أنه إذا شهد الشهود بحق ثم رجعوا عن الشهادة لم يخل إما أن يكون قبل الحكم أو بعد الحكم وقبل الاستيفاء ، أو بعد الحكم وبعد الاستيفاء ، فإن كان قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم لأنه يحتمل أن يكونوا صادقين في الشهادة كاذبين في الرجوع ، ويحتمل أن يكونوا صادقين في الرجوع كاذبين في الشهادة ، ولا حكم مع الشك ، فإن رجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فإن كان في حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهة ، والرجوع شبهة ظاهرة ، وإن رجعوا بعد الحكم والاستيفاء لم ينقض الحكم

ويترتب على هذه القواعد أنه إذا شهد أربعة بالزنا فرجع واحد منهم قبل أن يحكم بشهادتهم لزم الراجع حد القذف وفي فقهاء المذهب من لا يرى حده لأنه أضاف الزنا للمشهود عليه بلفظ الشهادة دون قصد القذف وهو رأي مرجوح وأما الثلاثة فلا حد عليهم قولا واحداً لأنه ليس من جهتهم تفريط ولأنهم شهدوا والعدد تام ورجوع الراجع لا يمكنهم الاحتراز منه ، فإن رجعوا كلهم وقالوا تعمدنا الشهادة وجب عليهم الحد

أما إذا رجعوا كلهم أو بعضهم بعد الحكم وقبل التنفيذ حد الراجع دون من لم يرجع وإذا كان الرجوع بعد الحكم وبعد التنفيذ فكذلك الحكم إلا إذا كانت العقوبة الرجم فعلى الشهود القود إذا تعمدوا في شهادتهم ما يوجب القتل ، وعليهم الضمان في حالة الخطأ[2]

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٢
(٢) المهذب ج ٢ ص ٣٥٠ ، ٣٥٨ ـ المغني ج ١٠ ص ١٨٢

وعند أحمد إذا رجع الشهود عن الشهادة أو واحد منهم فعلى جميعهم الحد في أصح الروايتين ، وهذا يتفق مع مذهب أبي حنيفة والثانية يحد الثلاثة دون الراجع لأنه إذا رجع قبل الحد فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم فيسقط عنه الحد ولأن في درء الحد عنه تمكينا له من الرجوع الذي تحصل به مصلحة المشهود عليه وفي إيجاب الحد عليه زجر له عن الرجوع خوفاً من الحد[(1)]

والمذهب الزيدي على أن رجوع الشهود قبل الحكم يبطل الشهادة وكذلك الحال في الرجوع بعد الحكم وقبل التنفيذ[(2)] ، ولذلك يحد الشهود حد القذف إذا رجعوا قبل تنفيذ الحكم ويجب عليهم الأرش أو القصاص إذا كان الرجوع بعد تنفيذ الحكم[(3)]

والقاعدة عند الظاهريين أن رجوع الشاهد عن شهادته قبل الحكم مبطل للشهادة وأن رجوعه عنها بعد الحكم مؤذ لفسخ الحكم[(4)] وقد رأينا فيما سبق أنهم لا يرون حد الشاهد بالزنا أصلا كان معه غيره أو لم يكن[(5)] ويترتب على ذلك أنه إذا رجع أحد الشهود أو كلهم فلا حد على أحد منهم لأن الحد على القاذف لا على الشاهد

وتقبل الشهادة على الخصي والعنين لتصور حصول الزنا منهما ولإمكان انتشار الآلة بخلاف المجبوب فلا تقبل الشهادة عليه إذ لا يتصور منه الوطء

وإذا شهد الشهود بحصول الزنا فدفعت المرأة الشهادة بأنها عذراء عرضت على امرأة أو أكثر فإذا شهدن بأنها كذلك درىء الحد عنها وتكفي شهادة امرأة واحدة إذا لم يوجد غيرها وهو مذهب أبي حنيفة وأحمد ، لأن شهادة المرأة الواحدة مقبولة عندهما فيما لا يطلع عليه الرجال ، وعلى هذا المذهب الزيدي

(1) المغني حـ ١٠ ص ١٨٢ (2) شرح الأزهار حـ ٤ ص ٢١٥
(3) شرح الأزهار حـ ٤ ص ٢٢٢ ، ٣٤٨
(4) المحلى حـ ٩ ص ٤٢٩ (5) المحلى حـ ١١ ص ٢٦

أيضاً (١) وأساس درء الحد احتمال كذب شهود الإثبات أو وهمهم واعتبار ذلك شبهة والحدود تدرأ بالشبهات .

ويشترط الشافعي شهادة أربع نسوة ، فإذا شهدن بأنها بكر لم يجب عليها الحد ، لأنه يحتمل أن تكون البكارة أصلية لم تزل ، ويحتمل أن تكون عائدة لأن البكارة تعود إذا لم يبالغ في الجماع ، فلا يجب الحد مع الاحتمال ، ولا يجب الحد أيضاً على الشهود لأنه إذا درىء الحد عنها لجواز أن تكون البكارة أصلية والشهود كاذبون ، وجب أن يدرأ الحد عن الشهود لجواز أن تكون البكارة عائدة وهم صادقون (٢)

ويشترط ابن حزم شهادة أربع نسوة لدرء الحد (٣) ولكنه لا يكتفي بأن يقرر النساء أنها عذراء ويوجب أن يصفن عذرتها فإن قلن إنها عذرة يبطلها إيلاج الحشفة ولابد ، وأنه صفاق عند باب الفرج فقد أيقنا بكذب الشهود وأنهم وهموا فلا يحل إنفاذ الحكم بشهادتهم ، وإن قلن إنها عذرة واغلة في داخل الفرج لا يبطلها إيلاج الحشفة فقد أمكن صدق الشهود إذ بإيلاج الحشفة يجب الحد فيقام الحد عليها حينئذ لأنه لم يتيقن كذب الشهود ولا وهمهم (٤)

ولا يدرأ ابن حزم الحد بالشبهة لأن المذهب الظاهري لا يعترف بالشبهة كما قدمنا

ورأى ابن حزم في قبول شهادة النساء في حالة ادعاء البكارة مخالف لفقهاء المذهب الظاهري الذين يرون إهمال شهادة النفي والأخذ بشهادة الإثبات (٥)

أما مالك فلا يدرأ الحد ولو شهد أربع نسوة بأن المتهمة بالزنا عــذراء ، وحجته أن شهود الإثبات عاينوا الزنا ، وأن الإيلاج ممكن مع بقاء البكارة ، كما أن المثبت مقدم على النافي (٦) .

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٦٩ ـ المغني جـ ١ ص ١٨٩ ـ شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٥٠
(٢) المهذب جـ ٢ ص ٣٥١ (٣) المحلى جـ ٩ ص ٣٩٥ ، ٤٠٥
(٤) المحلى جـ ١١ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤
(٥) المحلى جـ ١١ ص ٢٦٣ (٦) شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٨١

شهود الإحصان : ويرى مالك والشافعي وأحمد أنه يكفي في إثبات الإحصان شهادة رجلين، لأنه حالة في الشخص لا علاقة لها بواقعة الزنا، فلا يشترط أن تشهد بالإحصان أربعة رجال كما هو الحال في الزنا [1]

وفي مذهب أبي حنيفة يكفي أيضاً رجلان لإثبات الإحصان، ولكن فقهاء المذهب يرون أن الإحصان يثبت برجلين أو برجل وامرأتين، عدا زفر فيشترط أن يثبت برجلين [2]

والمذهب الزيدي على أنه يكفي في إثبات الإحصان عدلين ولو رجل وامرأتين [3]

أما المذهب الظاهري فلا يفرق فيه الفقهاء بين إثبات الزنا وإثبات الإحصان وعدم التفرقة معناه أن الزنا والإحصان معاً يثبتان بأربعة شهود [4]

وكل زنا أوجب الحد لا يقبل فيه أقل من أربعة شهود باتفاق العلماء لتناول النص له ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ [5] ويدخل في ذلك اللواط ووطء المرأة في دبرها ووطء البهائم عند من يعطي هذه الأفعال حكم الزنا، أما من يعتبرها جرائم تعزيرية فيكتفي في إثباتها بما يثبت به التعزير وهو يثبت بشاهدين كما يرى البعض، [6] ويثبت برجل وامرأتين وبأربع نسوة وبرجل واحد أو امرأتان مع يمين الطالب، كما يثبت بالنكول والإقرار [7]

ويرى بعض الفقهاء في مذهب الشافعي ومذهب أحمد أن كل وطء لا يوجب الحد ويوجب التعزير لا يثبت إلا بأربعة شهود لأنه فاحشة ولأنه إيلاج في فرج

(١) شرح الزرقاني جـ ٧ ص ١٩٧ – المهذب جـ ٢ ص ٣٥٩ – الإقناع جـ ٤ ص ٤٥١
(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٧٦ (٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٣
(٤) المحلى ج ٩ ص ٣٩٥ (٥) سورة النور ٤
(٦) المهذب ج ٢ ص ٣٥ – المغني ج ١٠ ص ١٩٠، ١٩١
(٧) المحلى ج ٩ ص ٣٩٦ – بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٥ – حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥١٥ وما بعدها – مواهب الجليل جـ ٦ ص ١٨ وما بعدها

محرم ، فإن لم يكن الفعل وطئاً كالمباشرة دون الفرج ونحوها ثبت بشاهدين[١]

سادسا أن يقتنع القاضي بشهادة الشهود ولا يستلزم أداء الشهود للشهادة أن يحد المتهم بالزنا مالم يقتنع القاضي بصحة الشهادة وإذا اختلف الشهود في وصف الفعل أو في زمانه أو مكانه اختلافاً ينبيء بكذبهم أو كذب بعضهم رفضت شهادتهم ، وهناك خلاف على حد الشهود في هذه الحالة بين من يرون حد الشهود إذا لم تكمل الشهادة أو لم تقبل ، فيرى البعض حدهم لأنهم شهدوا على وقائع مختلفة ليس على واقعة منها أربعة شهود فهم قذفة ، ويرى البعض أن لا يحدوا وقد أدوا الشهادة ، ويرى البعض أن يترك الأمر للقاضي ليقدر كل حالة بظروفها ولاحتمال أن تكون شبهة تدرأ الحد عن الشهود

ويحاول الفقهاء في كتبهم أن يأتوا على أهم وجوه الاختلاف بين الشهود من ذلك أن يشهد اثنان أنه زنى بها في هذا البيت ، ويشهد اثنان أنه زنى بها في بيت آخر ، أو أن يشهد اثنان أنه زنى بها في بلد غير البلد الذى شهد صاحباهما ، أو أن يختلفوا على اليوم أو الشهر أو السنة التي وقع فيها الزنا ، فإن كان هذا الخلاف فالجميع قذفة عند مالك وعند بعض فقهاء مذهب الشافعي وأحمد وعند زفر من فقهاء المذهب الحنفي ، بينما يرى أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب الشافعي وأحمد أن لا حد على الشهود لأنهم كانوا أربعة[٢]

ويرى ابن الماجشون من فقهاء المالكية أن شهادة الشهود تصح ولو اختلفوا إذا كان الخلاف فيما لو لم يذكروه تمت شهادتهم ولم يلزم الحاكم أن يسألهم عنه[٣]

وإذا شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت ، وشهد اثنان أنه زنى بها في زاوية أخرى منه وكانت الزاويتان متباعدتين فالقول فيهما كالقول في البيتين ، وإن كانتا متقاربتين كملت شهادتهم وحد المشهود عليه في رأى أبو حنيفة وأحمد

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٥٠ — المغنى ج ١ ص ١٩٠ ، ١٩١
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٧ — المهذب ج ٢ ص ٣٥٧ — المغنى ج ١٠ ص ١٨٣
(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩

وعند الشافعي ومالك وزفر لاحد على المشهود عليه لأن الشهادة لم تكمل [1]

وإن شهد اثنان بأنه زنى بها مكرهة ، وشهد اثنان بأنه زنى بها مطاوعة فلا حد عليها إجماعاً لأن الشهادة لم تكمل على فعل موجب لحد المرأة ، أما الرجل فقد اختلفوا فيه ، فرأى البعض أن لاحد عليه لأن البينة لم تكمل على فعل واحد فإن فعل المطاوعة غير فعل المكرهة ولم يتم العدد على كل واحد من الفعلين ، ولأن كل شاهدين منهما يكذبان الآخرين ، وذلك يمنع من قبول الشهادة أو يكون شبهة فى درء الحد ، ولا يخرج الأمر عن أن يكون قول واحد منهما مكذبا للآخر ، ولا يصح هذا إلا بتقدير فعلين تكون مطاوعة فى أحدهما ومكرهة فى الآخر ، وهذا يمنع كون الشهادة كاملة على فعل واحد ، ولأن شاهدى المطاوعة قاذفان لها ولم تكمل البينة فلا تقبل شهادتهما على غيرها وهذا هو رأى مالك وأبى حنيفة وأحد الوجهين فى مذهبى الشافعى وأحمد

ورأى البعض أن الحد واجب على الرجل لأن الشهادة كملت على وجود الزنا منه بعد أن أجمع الشهود على أنه أتى الفعل ، واختلاف الشهود إنما هو فى فعل المرأة لا فى فعل الرجل ، فلا يمنع هذا الاختلاف من كمال الشهادة عليه وهذا هو رأى أبى يوسف ومحمد من فقهاء الحنفية ووجه فى مذهبى الشافعى وأحمد

أما الشهود ففيهم ثلاثة أوجه أحدها لا حد عليهم وهو قول من أوجب الحد على الرجل بشهادتهم وثانيها عليهم الحد لأنهم شهدوا بالزنا ولم تكمل شهادتهم فلزمهم الحد كما لو لم يكمل عددهم والثالث يجب الحد على شاهدى المطاوعة لأنهما قذفا المرأة بالزنا ولم تكمل شهادتهم عليها أما شاهدا الإكراه فلا يجب الحد عليهما لأنهما لم يقذفا المرأة وقد كملت شهادتهم على الرجل وإنما انتفى عنه الحد للشبهة [2]

(1) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٧ – المهذب ج ٢ ص ٣٥٧ – المغنى ج ١ ص ١٨٣

(2) راجع فى كل ماسبق مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٦ – المهذب ج ٢ ص ٣٥٧ – المغنى ج ١ ص ١٨٥

ويرى الزيديون أن الاختلاف لا أهمية له إلا إذا كان على حقيقة الفعل وهو الإيلاج أو مكان الفعل أو وقته أو كيفيته من اضطجاع أو قيام أو غير ذلك ، فإن اتفقت شهادة الشهود على ذلك لزم الحد ، وإن اختلفت فى شىء منه أو أجملوا ولم يفصلوا لم تصح شهادتهم ولا حد عليهم لكمال البينة (١)

والقاعدة عند الظاهريين أن ما لا تتم الشهادة إلا به فإن الاختلاف فيه مفسد للشهادة ، وعندهم أن الشهادة تتم فى الزنا إذا كانت على حصول الزنا من رجل بامرأة أجنبية عنه ، وكان الشهود على يقين من ذلك فإذا اختلف الشهود بعدها فى المكان أو فى الزمان أو فى وصف للزنى بها فلا عبرة باختلافهم ، لأن ذكر ذلك والسكوت عنه سواء ومن ثم تكون الشهادة تامة والحد واجب مع الاختلاف فى هذه المسائل (٢)

ومن المتفق عليه أن الشهادة على الزنا لا تستلزم قيام دعوى سابقة على الشهادة فيجوز أن يتقدم الشهود بالشهادة دون قيام دعوى الزنا ويترتب على تقدمهم بالشهادة قيام الدعوى ، ويحتج الفقهاء فى هذا الوجه بقضية أبى بكرة حيث شهد هو وأصحابه على المغيرة من غير تقدم دعوى ، وبقضية الجارود حيث شهد هو وآخر على قدامه بن مظعون بشرب الخمر ولم يتقدمه دعوى

والعلة فى عدم اشتراط قيام الدعوى فى الزنا أن الحد فى الزنا حق لله تعالى فلا تفتقر الشهادة به إلى قيام الدعوى ، لأن الدعوى فى سائر الحقوق إنما تكون من المستحق ، وهذا لا حق فيه لأحد من الآدميين فيدعيه ، ولو توقفت الشهادة على قيام الدعوى لما أقيمت الشهادة ولا الدعوى (٣)

ويشترط لصحة الشهادة ولتكون مقنعة للقاضى أن تكون مبينة لماهية الزنا وكيفيته ومتى كان وأين وقع وبمن زنا وعلى القاضى أن يستفصل الشهود فى هذا كله ليصل إلى حقيقة الأمر

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٨ (٢) المحلى ج ١١ ص ١٤٧
(٣) المغنى ج ١٠ ص ١٨٨

فأما عن ماهية الزنا فلأن الزنا اسم يقع على أنواع لا توجب الحد ، فقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه» ولا شك أن الحد لا يجب إلا بوطء الفرج بحيث يكون الذكر فى الفرج كالميل فى المكحلة

وأما عن الكيفية فلاحتمال أن يريد الشهود بالزنا الجماع فيما دون الفرج ، لأن ذلك يسمى جماعاً حقيقة أو مجازاً ولكنه لا يوجب الحد

وأما عن الزمان فلاحتمال أن يشهد بعض الشهود على واقعة غير التى يشهد عليها البعض الآخر ، ولاحتمال أن تشهد الشهود بزنا متقادم ، والتقادم على رأى أبى حنيفة يمنع من قبول الشهادة كما قدمنا ، ولاحتمال أن يشهدوا على زنا وقع منه وهو صغير .

وأما عن المكان فلاحتمال أن يكون الزنا الذى تشهد به البعض وقع فى بلد غير البلد الذى يشهد البعض الآخر بحصول الزنا فيه ، أو لاحتمال أن يكون الزنا وقع فى دار الحرب أو البغى ومثل هذا الزنا لا يعاقب عليه فى رأى أبى حنيفة

وأما عن المزنى بها فلاحتمال أن تكون الموطوءة ممن لا يجب الحد بوطئها ، وإذا كان أبو حنيفة يشترط لقبول الشهادة أن يعرف الشهود الرجل والمرأة ، فإن غيره لا يشترط ذلك ويترك لمن ادعى حل الوطء أن يقيم البينة عليه

وإذا أنكر المتهم الإحصان وشهد به الشهود فعليهم أن يبينوا شروطه وعلى القاضى أن يستفصل منهم ذلك لاحتمال أنهم يجهلون ماهية الإحصان .

وعلى القاضى أن يستفصل كل مسقطات الحد كما عليه أن يستفصل كل ما يثبته وأن يتحرى عدالة الشهود وصحة عقولهم وأبصارهم وانتفاء العداوة بينهم وبين المشهود عليه وغير ذلك مما ترد به الشهادة حتى يأتى حكمه صحيحاً غير مشوب بعيب (١)

---

(١) راجع فى كل ما سبق شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٧٧ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٥ ، ١١٠ ـ المهذب ج ٢ ص ٣٥٤ ـ الاقناع ج ٤ ص ٢٣٣ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٥١

علم القاضي وإذا شهد القاضي حادث الزنا وقت وقوعه فليس له أن يقضي بعلمه على ما يراه جمهور الفقهاء وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وهو أحد قولي الشافعي وعليه أكثر الشافعيين وحجتهم قوله تعالى ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾[1] وقوله ﴿فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾[2] ولأن القاضي كغيره من الأفراد لا يجوز له أن يتكلم بما شهده ما لم تكن لديه البينة الكاملة ، ولو رمى القاضي زانياً بما شهده منه وهو لا يملك على ما يقول البينة الكاملة لكان قاذفاً يلزمه حد القذف ، وإذا كان قد حرم على القاضي النطق بما يعلم فأولى أن يحرم عليه العمل به

ويستدلون أيضاً بما روي عن أبي بكر رضي الله عنه من قوله « لو رأيت رجلا على حد لم أحده حتى تقوم البينة عندي »

وعندهم أن القاضي إذا كان قد شهد الحادث ومعه ثلاثة غيره فله أن يتنحى عن القضاء ويشهد ، فإذا لم يتنح عن القضاء فليس له أن يعتبر علمه متمماً لشهادة الثلاثة[3]

أما الرأي الثاني في مذهب الشافعي فيقوم على جواز أن يحكم القاضي بعلمه وسند هذا الرأي ما رواه أبو سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يمنع أحدكم هيبته الناس أن يقول في حق إذا رآه أو علمه أو سمعه » ويقول أصحاب هذا الرأي إنه إذا جاز للقاضي أن يحكم بما شهد به الشهود وهو من قولهم على ظن ، فلأن يجوز أن يحكم بما سمعه أو رآه وهو على علم أولى[4]

والمذهب الزيدي لا يجيز للقاضي أن يحكم بعلمه في الحدود إلا في حد القذف ويجيز له أن يحكم بعلمه فيما عدا ذلك فيحكم بعلمه في القذف والقصاص والأموال سواء علم ذلك قبل قضائه أو بعده ، ويحتجون لذلك بقوله تعالى ﴿ لتحكم بين

---

(١) النساء ١٤ (٢) النور ١٤ (٣) شرح الزرقاني جـ ٧ ص ١٠٠ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٥٢ ـ المغني جـ ١ ص ١٩١ ـ المهذب جـ ٢ ص ٣٢
(٤) المهذب ج ٢ ص ٣٢

الناس بما أراك الله ﴾ (١) ويرون أن علم القاضي أبلغ من الشهادة وأن من حكم بعلمه فقد حكم بما أراه الله (٢)

أما الظاهريون فيرون أنه فرض على القاضي أن يقضي بعلمه في الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود سواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته وأقوى ما حكم بعلمه لأنه يقين الحق ثم بالإقرار ثم بالبينة وحجتهم قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ﴾ (٣) وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فلسانه » فصح أن القاضي عليه أن يقوم بالقسط ، وليس من القسط أن يترك الظالم على ظلمه لا يغيره ، وصح أن فرضا على القاضي أن يغير كل منكر علمه بيده وأن يعطي كل ذي حق حقه وإلا فهو ظالم (٤)

المبحث الثاني

الإقـــــرار

٣٥٨ ـ يثبت الزنا أيضاً بإقرار الزاني ويشترط أبو حنيفة وأحمد أن يقر الزاني بالزنا أربع مرات قياساً على اشتراط الشهود الأربعة ولما رواه أبو هريرة فقال أتى رجل من الأسلميين (وهو ماعز) رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فقال يا رسول الله إني زنيت فأعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله إني زنيت فأعرض عنه حتى ثنا ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال «أبك جنون» قال لا قال «أحصنت» قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم «ارجموه» ولو وجب الحد بالإقرار مرة واحدة لم يعرض عنه رسول الله لأنه لا يجوز ترك حد وجب لله وروى نعيم بن هزال هذا الحديث وفيه حتى قالها أربع مرات فقال له رسول الله « إنك قلتها أربع مرات فمن» قال بفلانة رواه أبو داود وهذا تعليل منه يدل على أن إقرار الأربع هي الموجبة وروى أبو برزة الأسلمي أن أبا بكر الصديق قال لهذا المقر عند النبي صلى الله

---

(١) النساء ١٠٤ (٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٢
(٣) النساء ١٣٤ (٤) المحلى ج ٩ ص ٤٢٧

عليه وسلم إن أقررت أربعاً رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا دليل من وجهين ، أحدهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم أقره على هذا ولم ينكره فكان بمنزلة قوله لأنه لا يقر على الخطأ والثاني أن أبا بكر قد علم أن هذا من حكم النبي صلى الله عليه وسلم ولولا ذلك لما تجاسر على قوله بين يديه وعلى هذا يجب أن يتعدد الإقرار وأن يكون أربع مرات فإن قل عنها فلا يعتبر[1]

أما مالك والشافعي فمن رأيهما الاكتفاء بالإقرار مرة واحدة لأن الإقرار إخبار والخبر لا يزيد بالتكرار ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال« وغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » فعلق الرجم على مجرد الاعتراف والظاهر الاكتفاء بأقل ما يصدق عليه اللفظ وهو المرة الواحدة أما إعراض الرسول صلى الله عليه وسلم عن ماعز حتى أقر أربع مرات فراجع إلى أن الرسول استنكر عقله ولهذا أرسل لقومه مرتين يسألهم عن عقله حتى أخبروه بصحته فأمر برجمه[2]

ويشترط أبو حنيفة أن تكون الأقارير الأربعة في مجالس مختلفة للمقر نفسه ولو حدثت في مجلس واحد للقاضي[3]

ويستوي عند أحمد أن تكون الأقارير الأربعة في مجلس واحد أو مجالس متفرقة فإذا أقر أربع مرات في مجلس واحد أو في مجالس متفرقة فالإقرار صحيح[4]

ويشترط لقبول الإقرار أن يكون مفصلا مبيناً لحقيقة الفعل بحيث تزول كل شبهة في الإقرار خصوصاً وأن الزنا يعبر به عما لا يوجب الحد كالوطء خارج الفرج والأصل في الاستفصال والتبين هو سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد جاءه ماعز يعترف بالزنا ويكرر اعترافه فسأل صلى الله عليه وسلم هل به جنون

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١١٢ ـ المغني جـ ١٠ ص ١٦٥
(٢) شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٨١ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣١
(٣) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١١٨
(٤) المغني جـ ١ ص ١٦٧

أو هو شارب خمر وأمر من يشم رائحته وحمل يستفسره عن الزنا فقال له «لعلك قبلت أو غمزت ؟ » وفي رواية أخرى « هل صاجعتها ؟ » قال نعم قال « هل باشرتها؟ » قال نعم قال « هل جامعتها ؟ » قال نعم ، وفي حديث ابن عباس « أنكتها » لا يكنى قال نعم ، قال دخل ذلك منك في ذلك منها ؟ قال نعم ، قال وكما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر قال نعم قال تدرى ما الزنا ؟ قال نعم أتيت منها حراماً ما يأتي الرجل من امرأته حلالا قال فما تريد بهذا القول ؟ قال تطهرنى فأمر به فرجم ، فدل ذلك كله على أنه يجب في الإقرار أن يكون مفصلا مبيناً لحقيقة الفعل المقر به [1]

ويترتب على هذا أن الزانى إذا أقر فلا يؤخذ بإقراره قضية مسلمة وعلى القاضى أن يتحقق من صحة إقراره ليتحقق أولا من صحة عقله كما فعل الرسول مع ماعز ، قال أبك خبل أم بك جنون ؟ وبعث لقومه يسألهم عن حاله ، فإذا عرف القاضى أن الزانى صحيح العقل سأله عن ماهية الزنا وكيفيته ومكانه وعن المزنى بها وعن زمان الزنا فإذا بين ذلك كله على وجه يجعله مسئولا جنائياً سأله أمحصن هو أم لا ؟ فإن اعترف بالإحصان سأله عن ماهيته . وسؤال المقر عن زمان الزنا ليس المقصود منه النظر إلى التقادم وإنما احتمال أن يكون الزنا وقع قبل البلوغ والإقرار على قوته حجة قاصرة على نفس المقر لا تتعداه إلى غيره ، فمن أقر بأنه زنا بامرأة أخذ باعترافه أما المرأة فإن أنكرت فلا مسئولية عليها وإن اعترفت أيضاً أخذت باعترافها لا باعتراف الرجل وعلى هذا جرت سنة الرسول صلى الله عليه وسلم فقد روى أبو داود عن سهل بن سعد أن رجلا جاء الرسول فأقر عنده أنه زنا بامرأة سماها له فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت أن تكون زنت فجلده الحد وتركها [2] .

---

(١) سبل السلام ج ٤ ص ٧ ، ٨ — المغنى ج ١ ص ١٦٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣١ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٥

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٠ ، ١٥٨ — المغنى ج ١٠ ص ١٦٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ — المهذب ج ٢ ص ٢٨٥

ولا يشترط حضور شريك المقر في الزنا في مجلس الإقرار كما لا يشترط ذلك في الشهادة ، فلو أقر شخص بأنه زنا بامرأة غائبة أقيم عليـه الحد ويصح الإقرار بالزنا ولو جهل المقر شخصية شريكه في الزنا لأنه بني إقراره على حقيقة الحال وإذا أقر الرجل أنه زنا بامرأة فكذبته فهو مأخوذ بإقراره وعليه الحد دونها كما يرى مالك والشافعى وأحمد[1]

لأن الإقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة ما في حق المقر ولكن أبا حنيفة يرى أن لا يحد الرجل المقر لأن الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه فأورث شبهة الانتفاء في حق المقر لأن الزنا فعل واحد يتم بهما فإن تمكنت فيه شبهة تعدت إلى طرفيه وهذا لأنهما أقر بالزنا مطلقاً إنما أقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما أقر به فيندرىء عنه ضرورة بخلاف ما لو أطلق فقال زنيت فإنه وإن احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة لأن الزنا لم ينتف في حقها بدليل يوجب النفي وهو الإنكار ويتفق رأى أبي يوسف ومحمد مع رأى الأئمة الثلاثة[2]

ويشترط بعد تفصيل الإقرار أن يكون الإقرار صحيحاً ولا يكون كذلك إلا إذا صدر من عاقل مختار فيجب أن يكون المقر عاقلا مختارا لأن للمكره والمجنون لا حكم لكلامهما والظلم مرفوع عنهما وقد روى عن على رضى الله عنه أنه قال «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل» وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»

٣٥٩ – إقرار زائل العقل: يقبل ما كتب عن ذلك في القتل ويضاف إليه، وإن كان يجن مرة ويفيق مرة أخرى فأقر في إفاقته أنه زنا وهو مفيق فعليه الحد

(١) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٢ – المغنى جـ ١٠ ص ١٦٨

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٨

دون خلاف لأن الزنا الموجب للحد وقع منه فى حال تكليفه والقلم غير مرفوع عنه وإقراره وجد فى حال يعتبر فيها كلامه فإن أقر فى إفاقته ولم يضف الزنا إلى حال الإفاقة ، لم يجب الحد لأنه يحتمل أن الزنا وقع فى حال الجنون ولا يجب الحد مع الاحتمال[1].

٥٤٠ – إقرار النائم : والنائم مرفوع عنه القلم فلو زنا نائمة أو استدخلت امرأة ذكر نائم أو وجد منه الزنا حال نومه فلا حد عليه لأن القلم مرفوع عنه ولو أقر فى حال نومه لم يلتفت لإقراره لأن كلامه غير معتبر ولا يدل على صحة مدلوله[2].

ويشترط أبو حنيفة فى المقر أن يكون قادرا على النطق لأن الإقرار عنده يجب أن يكون بالخطاب والعبارة لا بالكتاب والإشارة وعنده أن الأخرس لو أقر فى كتاب وأشار إلى صحة صدوره منه إشارة معلومة لم يقبل إقراره لأن الشريعة علقت الحد على البيان المتناهى والبيان لا يتناهى إلا بالصريح والإشارة والكتابة بمنزلة الكناية ولكن الأئمة الثلاثة يقبلون إقرار الأخرس إذا فهمت إشارته[3].

ومن المتفق عليه أن البصر لا يعتبر شرطاً فى الإقرار فإقرار الأعمى بالزنا صحيح ولا يقبل الإقرار ممن لا يتصور وقوع الفعل منه كالمجبوب إذ لا يمكن أن يقع منه الفعل لانعدام الآلة ، ويقبل إقرار الخصى والعنين لتصور الزنا منهما إذ لا يشترط لتحقق الوطء أكثر من دخول الحشفة فى الفرج ولو بغير انتشار[4].

٥٤١ – أثر التقادم على الإقرار : ولا أثر للتقادم على الإقرار بالزنا عند من يقول بالتقادم لأن أثر التقادم على الشهادة بنى على تمكن التهمة والضغينة أما الإقرار فلا تهمة فيه لأن المرء لا يتهم فيما يقر به على نفسه[5].

(١) المغنى ج ١٠ ص ١٧٠ (٢) المغنى ج ١٠ ص ١٧٠

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ – بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٩ – المغنى ج ١٠ ص ١٧١ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣١ (٤) المغنى ج ١٠ ص ١٧١ – بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥

(٥) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١

٥٤٢ ـ التحايل على الإقرار · ولا يصح للقاضى أن يحتال للحصول على الإقرار وليس له أن يشجع المقر على الإقرار ولا بأس من أن يظهر الكراهة للإقرار كما فعل الرسول صلى الله عليه وسلم مع ماعز حيث أعرض عنه عند إقراره وقد كان عمر رضى الله عنه يقول « اطردوا المعترفين » أى بالزنا[١]

ويشترط أبو حنيفة أن يكون الإقرار فى مجلس القضاء فإن أقر فى غير مجلس القاضى فلا تقبل الشهادة على هذا الإقرار لأنه إما أن يقر وإما أن ينكر فإن أقر كانت الشهادة لغواً وكان الحكم للإقرار لا للشهادة وإن أنكر اعتبر إنكاره رجوعاً عن الإنكار والرجوع عن الإقرار صحيح فى الحدود الخالصة حقاً لله كحد الزنا[٢]

ولا يشترط مالك والشافعى وأحمد أن يكون الإقرار فى مجلس القضاء فيجوز أن يكون من المقر فى مجلس القضاء ويجوز أن يحصل فى غير مجلس القضاء ويشهد به الشهود فى مجلس القضاء ولكنهم اختلفوا فى الشهادة بالإقرار فرأى مالك أن الشهادة على الإقرار تقبل فإذا أنكر حصول الإقرار اعتبر إنكاره رجوعاً[٣].

ويرى الشافعى قبول الشهادة على الإقرار فإن أنكر حصول الإقرار منه لم يقبل إنكاره ولا يعتبر عدولا عن الإقرار لأنه تكذيب للشهود والقاضى أما إن أكذب نفسه فى إقراره فإن تكذيبه يعتبر رجوعاً عن الإقرار[٤]

ورأى أحمد قبول الشهادة بالإقرار بشرط أن يشهد بالإقرار أربعة فإن أنكر أو صدقهم دون أربع مرات فلا حد عليه لأن إنكاره يعتبر رجوعاً ولأن تصديقهم لا يكفى فيه مرة واحدة لأن الإقرار عند أحمد يشترط فيه أن يكون أربع مرات[٥]

ويلاحظ أن الإقرار يثبت عند مالك والشافعى بشهادة شاهدين فقط .

(١) شرح فتح القدير ج٤ ص١٢١ ـ المغنى ج١٠ ص ١٨٨ ـ المهذب ج٢ ص٣٦٤
(٢) بدائع الصنائع ج٧ ص ٥٠ (٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨١
(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ (٥) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٥

٥٤٣ ـ **الإقرار في مجلس القضاء** : وإذا أقر الزاني بالزنا ثم رجع عن إقراره سقط عنه الحد لأنه لا يحتمل أن يكون صادقاً في الرجوع وهو الإنكار ويحتمل أن يكون كاذباً فيه فإن كان صادقاً في الإنكار فهو كاذب في الإقرار وإن كان كاذباً في الإنكار فهو صادق في الإقرار وهذا الاحتمال يورث شبهة في الحد والحدود تدرأ بالشبهات وقد روي أن ماعزاً لما أقر بالزنا بين يدي الرسول صلى الله عليه وسلم لقنه الرجوع فقال عليه الصلاة السلام لعلك قبلتها لعلك مسستها كذلك قال عليه الصلاة والسلام لامرأة متهمة بالسرقة أسرقت؟ قولي لا ما إخالك سرقت وليس ذلك إلا تلقيناً للرجوع عن الإقرار ولو لم يكن الحد يحتمل السقوط بالرجوع ما كان للتلقين معنى وتلك هي السنة للإمام والقاضي إذا أقر عنده أحد بشيء من أسباب الحدود الخالصة أن يعرض له بالرجوع

٥٤٤ ـ **الرجوع عن الإقرار** : ويصح الرجوع عن الإقرار قبل القضاء وبعد القضاء ويصح قبل الإمضاء وأثناء الإمضاء فإذا رجع أثناء الإمضاء أوقف تنفيذ العقوبة والرجوع عن الإقرار قد يكون صريحاً كأن يكذب نفسه في إقراره وقد يكون دلالة كهرب المرجوم أثناء الرجم أو الجلد فإذا هرب لم يؤخذ ثانية للتنفيذ لأن الهرب دلالة الرجوع والأصل في ذلك أنه لما هرب ماعز تبعوه حتى قتلوه ولما ذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم قال « هلا تركتموه » وهذا دليل على أن الهرب دليل الرجوع وأن الرجوع مسقط للحد ويعتبر مالك وأبو حنيفة وأحمد مجرد الهرب وقت التنفيذ رجوعاً دون حاجة إلى التصريح بالرجوع أما الشافعية فيرون أن الهرب ذاته ليس رجوعاً ولكنه يقتضي الكف عنه لاحتمال أنه قصد الرجوع فإذا كف ورجع سقط الحد وإذا لم يرجع تحتم تنفيذ الحد[1]

وكما يصح الرجوع عن الإقرار بالزنا يصح الرجوع عن الإقرار بالإحصان فإذا أقر شخص بأنه زنى وهو محصن فله أن يرجع عن إقراره بالزنا وله أن يثبت

---

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦١ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٢ ـ المغني جـ ١٠ ص ١٢٣ ، ١٩٥

على الإقرار بالزنا ويعدل عن الإقرار بالإحصان فإذا عدل سقط حد الرجم ووجب حد الجلد(١)

وإذا اجتمعت الشهادة مع الإقرار فذهب أبى حنيفة على أن الشهادة تبطل باعتراف المشهود عليه قبل القضاء اتفاقاً أما إذا كان الإقرار بعد القضاء بالحد على أساس الشهادة فيرى أبو يوسف سقوط العقوبة لأن الإمضاء فى الحدود من القضاء ولأن شرط الشهادة هو عدم الإقرار أما محمد فلا يسقط العقوبة فى هذه الحالة(٢)

وترتب على ماسبق أن من يثبت عليه الزنا بشهادة الشهود ثم أقر فحكم عليه بالعقوبة يسقط عنه الحد إذا رجع عن الإقرار سواء كان رجوعه صريحاً أم دلالة ويرى مالك وأحمد أن الزانى إذا تمت عليه البينة وأقر على نفسه إقراراً صحيحاً ثم رجع عن إقراره لم يسقط عنه الحد برجوعه لأنه ثابت من وجه آخر بشهادة الشهود(٣)

وفى مذهب الشافعى يرون أنه إذا ثبت الحد بالبينة ثم أقر المشهود عليه بعد ذلك عدل عن إقراره ، فإن عدوله لا يسقط الحد الثابت بالبينة وإلا كان الإقرار ذريعة لإسقاط العقوبات

أما إذا أقر بالزنا أولا ثم قامت بينة بزناه ورجع عن إقراره فهناك آراء مختلفة فالبعض يرى أن الرجوع لا يسقط الحد لبقاء حجة البينة كما لو شهد عليه ثمانية فلا فردت شهادة أربعة والبعض يرى سقوط الحد بالرجوع لأنه لا أثر للبينة مع الإقرار وقد بطل الإقرار بالرجوع والبعض يرى أن العبرة بالدليل الذى استند عليه الحكم فإن كان الحكم قد استند إلى البينة والإقرار معاً أو على البينة وحدها فإن الرجوع لا يسقط الحد أما إذا استند الحكم على الإقرار وحده فإن الرجوع يسقط الحد ويرى البعض أنه عند اجتماع الإقرار مع الشهادة يجب

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦١

(٢) شرح فتح القدير ص ١٢٤

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٦

أن يستند الحكم على الشهادة فيما يتعلق بحقوق الله لأن البينة أقوى من الإقرار أما فيما يتعلق بحقوق الآدميين فيجب أن يستند الحكم على الإقرار لأنه أقوى من الشهادة ولأن الإقرار فى حقوق الآدميين لا يؤثر على الرجوع ويرى البعض أن الحكم يستند فى الحالين إلى الإقرار والشهادة معاً[1] .

وإذا سمع القاضى الإقرار فى غير مجلس القضاء فليس له أن يقضى على أساس ما سمع[2]

وهذا هو مذهب مالك وأبى حنيفة وأحمد أما الشافعى فى مذهبه رأيان أرجحهما يرى أن لا يقضى القاضى على أساس ما رآه أو علمه أو سمعه والثانى يرى أصحابه أن يقضى القاضى بما رآه أو سمعه أو علمه[3].

القرائن

٥٤٥ ـ القرائن : القرينة المعتبرة فى الزنا هى ظهور الحمل فى امرأة غير متزوجة أو لا يعرف لها زوج ويلحق بغير المتزوجة من تزوجت بصبى لم يبلغ الحلم أو مجبوب ومن تزوجت بالغا فولدت لأقل من ستة أشهر والأصل فى اعتبار قرينة الحمل دليلا على الزنا قول أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وفعلهم : فعمر رضى الله عنه يقول الرجم واجب على كل من زنا من الرجال والنساء إذا كان محصنا إذا أقامت بينة أو كان الحمل أو الاعتراف وروى عن عثمان رضى الله عنه أنه أتى بامرأة ولدت لستة أشهر كاملة فرأى عثمان أن ترجم فقال على ليس لك عليها سبيل قال الله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾

وروى عن على رضى الله عنه أنه قال : يا أيها الناس إن الزنا زنيان زنا سر وزنا علانية فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمى وزنا

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٢ ـ شرح الزرقانى ص ١٥٠ و ج ٧ ، ٨ ص ٨٤
(٣) المهذب ج ٢ ص ٣٢٠

الملاعنة أن يظهر الحمل والاعتراف ، هذا هو قول الصحابة ولم يظهر لهم مخالف في عصرهم فيكون إجماعاً

والحمل ليس قرينة قاطعة على الزنا بل هو قرينة تقبل الدليل العكسي فيجوز إثبات أن الحمل حدث من غير زنا ويجب درء الحد عن الحامل كلما قامت شبهة في حصول الزنا أو حصوله طوعا فإذا كان هناك مثلا احتمال بأن الحمل كان نتيجة وطء بإكراه أو خطأ وجب درء الحد وإذا كان هناك احتمال بأن الحمل حدث دون إيلاج لبقاء البكارة امتنع الحد إذ قد تحمل المرأة من غير إيلاج بأن يدخل ماء الرجل في فرجها إما بفعلها أو بفعل غيرها أو نتيجة وطء خارج الفرج ويرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أنه إذا لم يكن دليل على الزنا غير الحمل فادعت المرأة أنها أكرهت أو وطئت بشبهة فلا حد عليها فإذا لم تدع إكراها ولا وطأ بشبهة فلا حد عليها أيضاً ما لم تعترف بالزنا لأن الحد أصلا لا يجب إلا ببينة أو بإقرار(١)

٥٤٦ ـ اللعان . أما مالك فيرى أن ظهور الحمل في غير المتزوجة يوجب عليها الحد دون حاجة لإقرار منها وأن ادعاءها الإكراه والوطء بشبهة لا يكفي وحده لدرء الحد عنها بل عليها أن تقيم دليلا أو قرينة على صحة دفاعها كأن تثبت أنها ملبت من أكرهها أو أن أناساً شهدوها متعلقة به تستغيث عقب الإكراه أو أنهم شهدوها تستغيث والدماء تلوث ملابسها بعد أن أزيلت بكارتها(٢)

تحديد العقوبة

٥٤٧ ـ مقدار الحد . إذا ثبت الزنا دون شبهة وجب على القاضي أن يحكم بعقوبة الحد وهي رجم المحصن وجلد غير المحصن مائة جلدة وتغريبه .

(١) المغني ج ١٠ ص ١٩٢ ـ شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١
(٢) المغني ج ١٠ ص ١٩٢ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦

مقارنة بين الشريعة والقانون في الأدلة على الزنا

٥٤٨ - التكييف الشرعي لحد الزنا يكيف الفقهاء حد الزنا بأنه حق لله تعالى والأصل عندهم أن الحد يعتبر حقاً لله تعالى إذا استوجبته المصلحة العامة وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم .

وكل جناية ذات حد يرجع فسادها إلى العامة ومنفعة عقوبتها تعود عليهم فتعتبر العقوبة المقررة عليها حقا لله تعالى تأكيداً لتحقيق النفع ودفع الضرر وحتى لا تسقط العقوبة بإسقاط الأفراد لها

وتمتاز عقوبة الحد عن غيرها من العقوبات بأنها لا تقبل عفوا ولا صلحاً ولا إبراء ولا تخفيضاً ولا استبدالا

هذا هو تكييف الفقهاء للحد وهو تكييف ليس بعيداً عن نظرة شراح القوانين الوضعية للعقوبة فهم يعتبرونها حق الجماعة لأن المصلحة العامة تستوجبها وقد يظن أن الاختلاف واقع في الأساس لا في المعاني ولكن الواقع أن الخلاف فيهما معا فالحد يختلف عن العقوبة في القوانين الوضعية بأنه لا يقبل العفو ولا الاستبدال والعقوبة في القوانين الوضعية تقبلهما ولعل اعتبار الحد حقا لله هو الذي منع قبول العفو والاستبدال لأن الأفراد والجماعة ليس لهم العفو عما هو حق الله وليس لهم تبديل ما أمر به الله ولو كان الحد حق الجماعة لأمكن أن يعفو عنه ممثل الجماعة أو يستبدل به غيره على أن في الشريعة نوعاً من العقوبات وهو العقوبات التقديرية شرع للمصلحة العامة ويعتبر حق الجماعة ، ولممثل الجماعة أن يعفو عنه وأن يستبدل به غيره من عقوبات التعازير وهذا النوع من العقوبة هو الذي يتفق تمام الاتفاق في التكييف مع العقوبات المقررة في القوانين الوضعية

٥٤٩ - تعدد العقوبات وإذا تعددت العقوبات المحكوم بها على الجاني نفذت جميعاً ما لم تتداخل أو يجب بعضها البعض الآخر .

التداخل : معنى التداخل هو أن الجرائم في حالة التعدد تتداخل عقوباتها

بعضها فى بعض بحيث يعاقب على جميع الجرائم بعقوبة واحدة ولا ينفذ على الجانى إلا عقوبة واحدة كما لو كان قد ارتكب جريمة واحدة

ويحدث التداخل فى حالتين ٠

الأولى ٠ إذا كانت الجرائم جميعها من نوع واحد كالزنا المتعدد والسرقات المتعددة والشرب المتعدد ففى هذه الحالة تتداخل العقوبات المتعددة ويجزى عنها جميعاً عقوبة واحدة فإذا ارتكب الجانى جريمة أخرى من نفس النوع بعد إقامة العقوبة عليه وجبت لهذه الجريمة الأخرى عقوبة ثانية أما إذا ارتكب أى جريمة أخرى من نفس النوع قبل تنفيذ العقوبة عليه فإن عقوبة الجريمة الجديدة تتداخل مع عقوبات الجرائم السابقة مادامت جميعاً من نوع واحد والعبرة فى التداخل بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها فالعقوبات تتداخل مادامت لم تنفذ ولو تعددت الأحكام الصادرة بها أى أن صدور الحكم بعقوبة ما لا يمنع من تداخلها فى عقوبة أخرى

ويحدث التداخل مادامت الجرائم من نوع واحد ولو اختلفت أركانها وعقوباتها كالزنا من محصن تتداخل عقوبته مع عقوبة الزنا من غير محصن لأن الجريمتين من نوع واحد ولا عبرة باختلاف الأركان ونوع العقوبة ولكن فى مثل هذه الحالة تكون العقوبة الأشد هى الواجبة فمن زنا وهو بكر ثم زنا وهو محصن عوقب على الجريمتين بعقوبة واحدة هى عقوبة الرجم

الثانية إن الجرائم إذا تعددت وكانت من أنواع مختلفة فإن العقوبات تتداخل ويجزى عن الجرائم جميعاً عقوبة واحدة بشرط أن تكون العقوبات المقررة لهذه الجرائم قد وضعت لحماية مصلحة واحدة أى لتحقيق غرض واحد كأكل الميتة والدم ولحم الخنزير فهذه الجرائم قد حرمت لحماية مصلحة الأفراد فإذا أكل شخص ميتة ثم شرب دماً ثم أكل لحم خنزير تداخلت عقوبات هذه الجرائم الثلاث وأجزأ عنها عقوبة واحدة

الجب : معنى الجب فى الشريعة هو الاكتفاء بتنفيذ العقوبة التى يمتنع مع

تعيينها تعيين العقوبات الأخرى ولا ينطبق حد العفو إلا على عقوبة القتل فإن تعيينها يمنع بالضرورة من تعيين غيرها ومن ثم فهي في الشريعة العقوبة الوحيدة التي تجب ما عداها وهناك خلاف على نظرية الجب ومداها وقد فصلنا القول عن تعدد العقوبات والتداخل والجب في القسم العام وسنكتفي هنا بما ذكرنا[1]

٥٥٠ — من الذي يقيم الحد؟ من المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد إلا الإمام أو نائبه لأن الحد حق الله تعالى ومشروع لصالح الجماعة فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة وهو الإمام ولأن الحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه من الحيف والزيادة على الواجب فوجب تركه لولي الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه . وحضور الإمام ليس شرطاً في إقامة الحد لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ير حضوره لازماً فقال « اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » وأمر عليه السلام برجم ماعز ولم يحضر الرجم وأتى بسارق فقال « اذهبوا به فاقطعوه »

لكن إذن الإمام بإقامة الحد واجب فما أقيم حد في عهد رسول الله إلا بإذنه وما أقيم حد في عهد الخلفاء إلا بإذنهم ومما يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا قوله « أربع إلى الولاة : الحدود والصدقات والجمعات والفيء » والإذن بإقامة الحد إما أن يكون إذناً مؤقتاً يصدر بمناسبة كل حالة وإما أن يكون إذناً دائماً يصدر إلى النواب والحكام بإقامة الحد على المحكوم عليهم بحد[2]

وهناك خلاف بين أبي حنيفة من ناحية ومالك والشافعي وأحمد من ناحية على ما إذا كان للسيد أن يقيم الحد على عبيده ولم نر داعياً للتعرض لهذا البحث بعد أن ألغي الرقيق في العالم

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٨ ٢ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨ ١ — المغني ج ١ ص ١٩٧ — الإقناع ج ٤ ص ٢٤٩ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٧

(٢) المغني ج ١٠ ص ١٤٦ وما بعدها — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ — المهذب ج ٢ ص ٢٨٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٤

٥٥١ — علانية التنفيذ : ويجب أن تقام الحد فى علانية لقوله تعالى ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ وتتوفر العلانية دائماً كلما كان الحد رجماً إذ المفروض أن عدد الرماة غير محدود وأنه يجب أن يكون من الكثرة بحيث يقضى على المرجوم بسرعة أما فى الجلد فيكفى فى إقامة الحد شخص واحد ولذلك اختلف فى عدد من يحضر الجلد ففسر البعض كلمة طائفة بأنها شخص واحد ومقيم الحد وقال البعض إنها شخصان غير مقيم الحد وقال البعض إنها أربعة وقال البعض إنها عشرة[1]

٥٥٢ — كيفية التنفيذ فى الرجم : إذا كان المرجوم رجلاً أقيم قائماً ولم يوثق بشىء ولم يحفر له ولم يمسك أو يربط سواء ثبت الزنا عليه ببينة أو إقرار لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحفر لماعز ولا الغامدية ولا لليهوديين قال أبو سعيد لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز خرجنا إلى البقيع فوالله ما حفرنا له ولا أوثقناه ولكنه قام لنا ، وإذا هرب المرجوم وكان مقراً لم يتبع وأوقف التنفيذ أما إذا كان مشهوداً عليه اتبع ورجم حتى يموت لكن إذا لم نصبر المرجوم المشهود عليه ولم يمكن إقامة الحد إلا بربطه أما إذا كان المرجوم امرأة فيجيز أبو حنيفة والشافعى الحفر لها إلى صدرها لأن ذلك أستر لها وبأخذ بذلك بعض الفقهاء فى مذهب أحمد ولكن الرأى الراجح فى مذهب أحمد هو عدم الحفر وهو مذهب مالك

ويرى أبو حنيفة جواز الحفر للمرأة فى كل حال أما الشافعية والحنابلة القائلون بالحفر فيرون الحفر فى حالة ما إذا كان الحد ثابتاً بالبينة فقط فإن كان ثابتاً بالإقرار فلا حفر لأن ذلك يعطلها عن الهرب والهرب كما قلنا يعتبر رجوعاً عن الإقرار والرجوع عن الإقرار مسقط للحد وإذا رجمت المرأة دون حفر شدت عليها ثيابها لكى لا تتكشف ولأن ذلك أستر لها[2]

---

(١) شرح فتح القدير ج٤ ص ١٢٩ ـ المغنى ج ١ ص١٢٧ ـ أسنى المطالب ج٤ ص ١٣٣

(٢) شرح فتح القدير ج٤ ص ١٢٩ ـ المغنى ج ١ ص١٢٢ ـ أسنى المطالب ج٤ ص١٣٣

والسنة أن يحاط بالمرجوم فيرمى من جميع الجوانب ويرى البعض أن يصف الرماة ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كلما رجمه صف تنحوا وحجة ماقاله على حين رجم شراحة الهمرانية حيث أحاط الناس بها وأخذوا الحجارة فقال لهم ليس هكذا الرجم إذن يصيب بعضكم بعضا صفوا كصف الصلاة صفا خلف صف[1].

ويشترط أبو حنيفة عند ثبوت الزنا بشهادة الشهود أن يبدأ الشهود بالرجم ثم الإمام أو نائبه ثم الناس بحيث لو امتنع الشهود عن البدء سقط الحد عن المشهود عليه ولكن امتناع الشهود لايترتب عليه حدهم لأن امتناعهم ليس صريحاً فى رجوعهم عن الشهادة[2].

ولا يشترط الشافعى وأحمد بداءة الشهود ولكنهما يريان ذلك سنة مستحبة وهو رواية عن أبى يوسف من أصحاب أبى حنيفة حيث يرى أن البداءة مستحبة لامستحقة[3] ولكنهما لايوجبان حضور الشهود والإمام ولايرتبان على التخلف عن الحضور نتيجة ما

أما مالك فلا يعرف بداءة الشهود والإمام ولايعتبرها سنة مستحبة لأن الحديث الوارد فيها لم يصح عنده[4].

وحجة أبى حنيفة ماروى عن على لما أراد أن يرجم شراحة الهمرانية حيث قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فرجم العلانية أن يشهد على المرأة مافى بطنها وتعترف بذلك فيبدأ فيه الإمام ثم الناس ورجم السر أن يشهد أربعة فيبدأ الشهود ثم الإمام ثم الناس وقد تم هذا فى محضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فيكون إجماعاً كما أن فى الأمر بداية الشهود احتيال للدرء الحد

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ ــ المغنى ج ١ ص ١٢٣ ــ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٣
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٢
(٣) شرح فتح القدير حـ ٤ ص ١٢٣ ــ أسنى المطالب حـ ٤ ص ١٣٣ ــ المغنى حـ ١ ص ١٢٤ ، ١٢٨
(٤) شرح الزرقانى حـ ٨ ص ٨٣

لأن الشاهد قد يجترىء على الشهادة الكاذبة ولكنه لا يجرؤ على القتل إذا علم أنه شهد كاذبا(1) .

ويرتب أبو حنيفة على رأيه أن الشهود إذا امتنعوا من البداءة أو غابوا فلم يحضروا اليوم المحدد للتنفيذ أو ماتوا قبل يوم التنفيذ فإن ذلك يؤدى إلى امتناع التنفيذ ولكن محمدا من أصحاب أبى حنيفة يرى أنه إذا تعذرت البداءة من الشهود سقط الحد كأن كانوا مرضى أو مقطوعى الأيدى(2)

ويشترط أبو حنيفة أن تبقى للشهود أهلية أداء الشهادة عند التنفيذ فلو بطلت الأهلية بفسق أو ردة أو جنون أو عمى أو خرس أو بحد القذف فلا يقام الحد على المشهود عليه وحجة أبى حنيفة أن طروء أسباب الجرح على الشهادة وقت التنفيذ بمثابة طروئها وقت القضاء وأسباب الجرح عند القضاء تبطل الشهادة ، ولا يرى الأئمة الثلاثة هذا الشرط والعبرة عندهم بالأهلية وقت القضاء لا بعده ورأيهم يتفق مع قواعد القوانين الجنائية الوضعية ويظهر أن أبا حنيفة مقصود من رأيه درء الحد تطبيقا للحديث المشهور «ادرؤوا الحدود بالشبهات» ولكن لا يمكن العمل برأيه الآن مادام التنفيذ ليس من اختصاص الهيئة القضائية على أن بعض شراح القوانين الوضعية يرون جعل التنفيذ مكملا للقضاء وهذا يتفق مع نظرية أبى حنيفة(3)

ويقام حد الرجم فى أى وقت فى الصيف وفى الشتاء وفى الصحة والمرض لأنه حد مهلك فلا معنى للتحرز من الهلاك ولكنه لا يقام على الحامل حتى تضع لأن إقامته تؤدى إلى هلاك الولد والحكم لم يصدر ضده وسنتكلم عن التنفيذ على الحامل فيما بعد ويستحسن لكل راجم أن يتعمد مقتلا وأن يتقى الوجه كما يستحسن أن يكون وقف الرامى من المرجوم بحيث لا يبعد عنه فيخطئه وجمع بعض المرجوم للرجم ويختار أن يتقى الوجه لأن الرجم حد مهلك فكل ما أسرع بالمحكوم عليه إلى الهلاك كان أولى

(1) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٢ ، ١٢٣ (2) المراجع السابقة
(3) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٣ - المبسوط ج ١٠ ص ١٨٧

ولا يقام الحد فى المساجد اتفاقاً ويستحسن أن يقام فى مكان متسع بعيداً عن المساكن حتى لا يؤدى التنفيذ إلى إصابة أحد غير المرجوم .

ويرى المرجوم بحجارة معتدلة الحجم ومايقوم مقام الحجارة كالمدر والخزف ففى خبر ماعز أنه رمى بالعظام والمدر والخزف ولا يرمى المرجوم بالحصيات الخفيفة حتى لا يطول تعذيبه ولا يرمى بالصخرات الكبيرة لئلا تدمغه فيموت به التنكيل المقصود والمختار أن تكون ملء الكف

وليس هناك عدد محدد للحجارة التى يرمى بها المرجوم فقد تصيب الحجارة مقاتله فيموت سريعاً بعد أن يرمى بعدد قليل من الحجارة وقد لا تصيب الأحجار مقتلا إلا بعد وقت فيحتاج الأمر إلى قذفه بعدد كبير من الحجارة والمقصود من الرجم القتل فيرجم المحكوم عليه حتى يقتل ولا يقوم مقام الرجم أى فعل آخر يؤدى للموت كقطع الرقبة بالسيف أو كشنق المرجوم وإذا هلك المرجوم سلمت جثته لأهله ولهم أن يصنعوا بها ما يصنع بسائر الموتى يغسلونه ويكفنونه ويصلون عليه ويدفنونه وبهذا أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بعد رجم ماعز حيث سئل عما يصنع بجثته فقال « اصنعوا به ماتصنعون بموتاكم » .

٥٥٣ كيفية التنفيذ فى الجلد : يضرب المحكوم عليه بسوط ضرباً متوسطاً مائة ضربة ويشترط أن لا يكون السوط يابساً لئلا يجرح أو يبرح وأن لا يكون به عقد فى طرفه الذى يصيب الجسم لأنها تؤدى إلى ما يؤدى إليه يبس السوط[(١)]

ويشترط أن لا يكون للسوط أكثر من ذنب واحد فإذا لم يكن كذلك احتسبت الضربة ضربات بعدد ما للسوط من أذناب ، فإن كان للسوط ذنبان ، احتسبت الضربة ضربتين وإن كان ثلاثة احتسبت الضربة ثلاث ضربات وهكذا[(٢)]

ويرى مالك وأبو حنيفة أن تنزع عن الرجل المحدود ثيابه إلا ما يستر عورته[(٣)]

ويرى الشافعى وأحمد أن لا يجرد المجلود من ثيابه وأن يترك عليه

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦ . الإقناع ج ٤ ص ٢٤٥
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٤

القميص والقميصان أما إن كان عليه فروة أو ملابس شتوية أو جبة محشوة نزعت[١].

ويرى مالك ضربه قاعداً ولا يمسك المرجوم ولا يربط وقت الضرب إلا إذا امتنع فلم يقف أو لم يصبر على الوقوف أو الجلوس فلا بأس في هذه الحالة بربطه أو إمساكه[٢].

ويضرب الرجل قائما غير ممدود عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد . أما المرأة فتضرب وهي جالسة لأنه أستر لها ، ولا يجمع الضرب في عضو واحد لأنه يفضي إلى تلف ذلك العضو أو تمزيق جلده وهو غير جائز بل يفرق الضرب على سائر الأعضاء إلا الوجه والفرج لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «اتق وجهه ومذاكره» وإلا الرأس لتخوف التلف والهلاك وهذا هو رأي أبي حنيفة وأحمد وإن كان أبو يوسف يرى ضرب الرأس ضربة واحدة وفي مذهب أحمد يرون اتقاء البطن أيضاً والمواضع الأخرى القاتلة وهو ما يقول به بعض فقهاء الحنفية[٣]

ويرى بعض الشافعية رأي أبي حنيفة وأحمد ولكن البعض يرى مع مالك أن يكون الضرب في الظهر فقط[٤]

ورأيهما يتفق مع المعمول به في مصر في تنفيذ الأحكام التي تصدر بالجلد على رجال الجيش والبوليس فإن الضرب قاصر على الظهر فقط وحد الجلد في الزنا أشد الحدود ضرباً لقوله تعالى ﴿ ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ﴾ وتفسر الرأفة بتخفيف الضرب ولكن الفقهاء يشترطون أن يكون الضرب بين بين فلا هو بالمبرح ولا بالخفيف وليس للجلاد أن يمد يده بالسوط عند الضرب لأن مد السوط في الضرب بمنزلة ضربة أخرى وعليه أن يرفع السوط لأعلى بعد أن يمس جسم المحدود دون أن يسحب وليس للجلاد أن يرفع يده إلى ما فوق رأسه

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٨٧ – الإقناع ج ٤ ص ٢٤٦

(٢) شرح فتح القدير ص ١٢٨ – الإقناع ص ٢٤٥ – المهذب ج ٢ ص ٢٨٧

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦ ، ١٢٧ – الإقناع ج ٤ ص ٢٤٦

(٤) المهذب ج٢ ص٢٨٨ – مرجع آخر للشافعي عن ضرب الظهر – شرح الزرقاني ج٨ ص ١١٤

ولا يبدى إبطه فى رفع يده لأن الضرب يكون شديداً فى هذه الحالة يخشى منه الهلاك وتمزيق الجلد[1]

ويشترط فى إقامة حد الجلد أن لا يؤدى إلى هلاك المحدود لأنه حد زاجر لا حد مهلك ، فلا يقام فى الحر الشديد ولا البرد الشديد إذا خشى الهلاك ، ولا يقام على المريض حتى يبرأ ولا على النفساء حتى ينقضى النفاس ولا على الحامل حتى تضع . وهذا ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعى وبعض الفقهاء فى مذهب أحمد ولكن البعض الآخر يرى أن يؤخر للحمل فقط وأن لا يؤخر الجلد لمرض أو حر أو برد ولكنه يقام بسوط يؤمن معه التلف فإن خشى من السوط أقيم بأطراف الثياب ، وما أشبه مما يحتمله المحدود وعلى هذا فلا خلاف بين الرأيين لأن كلاهما ينظر إلى عدم هلاك المحدود وأن يكون التنفيذ بحيث يحتمله[2]

٥٥٤ - التنفيذ على الحامل : من المتفق عليه أن الحد لا يقام على حامل حتى تضع سواء كان الحمل من زنا أو غيره والأصل فى ذلك حديث الغامدية فقد روى أن امرأة من بنى غامد جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم مقرة بالزنا وهى حامل وقالت إنها حبلى من الزنا فقال لها « ارجعى حتى تضعى ما فى بطنك » فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال الرسول « إذن لا نرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه » فقام رجل من الأنصار فقال إلى إرضاعه يا نبى الله فرجمها وقد جرى صحابة الرسول من بعده على هذا فيروى أن امرأة أقرت فى أيام عمر رضى الله عنه فهم عمر برجمها وهى حامل فقال له معاذ إن كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على حملها فقال عمر النساء أن يلدن مثلك ولم يرجمها ويروى عن على رضى الله عنه أنه قال مثل هذا

والعلة فى عدم إقامة الحد على الحامل أن فى إقامة الحد عليها فى حال حملها

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٨ ـ الاقناع ج ٤ ص ٢٤٦ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٨٨

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٤ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٣ ـ الاقناع ج ٤ ص ٢٤٦ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٤ ، ١٤١

إتلافاً لمعصوم وهو الحمل ولا سبيل إليه ، وإذا كانت هي غير معصومة من إقامة الحد فإن من القواعد الأساسية أن لا تزر وازرة وزر أخرى ، وألا تصيب العقوبة غير الجاني والعقوبة التي تصيب الحامل تتعدى إلى حملها وسواء كان الحد رجماً أو جلداً فإنه لا يحد على الحامل حتى تضع حملها لأنه لا يؤمن تلف الولد من سراية الجلد وربما سرى الجلد إلى نفس الأم فيموت الولد بموتها

وإذا وضعت الأم حملها فإن كان الحد رجماً لم ترجم حتى تسقيه اللبأ ثم إن كان له من يرضعه أو تكفل برضاعه رجمت وإلا تركت حتى تفطمه[1]

وإذا وضعت الأم حملها وكان الحد جلداً فيرى مالك وأبو حنيفة والشافعي وبعض الفقهاء في مذهب أحمد أن لا تقام عليها الحد حتى تشفى من نفاسها وتصبح قوية يؤمن تلفها إن أقيم عليها الحد ويرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد إقامة الحد في الحال بسوط يؤمن معه التلف فإن خيف عليها من السوط أقيم بالعثكول ، يعني شمراخ النخل وأطراف الثياب وحجة هذا الفريق الآخر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بضرب المريض الذي زنا فقال «خذوا له مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة واحدة» أما حجة القائلين بتأخير الحد ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال إن أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فأمرني أن أجلدها فإذا هي حديثة عهد بنفاس فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « دعها حتى ينقطع عنها الدم ثم أقم عليها الحد »[2]

وإذا لم يكن الحمل ظاهراً فلا يؤخر الحد ولو كان من المحتمل أن تكون حملت من الزنا لأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية والجهنية ولم يسأل عن استبرائهما وقال لأنيس اذهب إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها، ولم يأمره بسؤالها عن استبرائها ورجم علي شراحة ولم يستبرئها وهذا هو رأي أبي حنيفة والشافعي وأحمد فإذا ادعت المرأة الحمل فيرى أحمد وبعض الشافعية قبول قولها وحبسها حتى يتبين

(١) المغني جـ ١٠ ص ١٣٨ ــ المهذب جـ ٢ ص ١٩٨ ــ شرح فتح القدير جـ٤ ص ١٣٧
(٢) المغني جـ ١٠ ص ١٤٠ ــ المهذب جـ٢ ص١٩٨ ــ شرح فتح القدير جـ٤ ص١٣٧

أمرها دون حاجة إلى التحقق من صحة ادعائها لأن الحمل الحديث وما يدل عليه من الدم وغيره يتعذر إقامة البينة عليه فيقبل قولها فيه[1].

ويرى بعض الشافعية وأبو حنيفة أن لا يقبل ادعاء المرأة إلا بعد استطلاع من له خبرة من النساء فيقررن أن ادعاءها صحيح وإلا نفذ عليها الحد[2]

ويرى مالك أن يؤخر تنفيذ الحد سواء كان جلداً أو رجماً على الزانية المتزوجة إذا مكث ماء الزنا ببطنها أربعين يوماً ولو كان الزوج قد استبرأها وتؤخر أيضاً إذا لم يستبرئها الزوج ولو لم يمض على الزنا أربعون يوماً وتؤخر المرأة فى الحالين لحيضة . أى حتى تحيض مرة واحدة إن أمكن حملها خشية أن يكون بها حمل ويقوم مقام الحيضة فمن لم تحض بعد مرور ثلاثة أشهر لم تحض فيها بحيث لا يظهر عليها الحمل وإن ظهر عليها الحمل أخرت حتى تضع ـ أما غير المتزوجة فلا تؤخر تنفيذ الحد عليها إن لم تمض على ماء الزنا أربعون يوماً فى بطنها أو مضى عليه هذه المدة ولم تكن فى الإمكان حملها فإن كان الحمل ممكنا أخر تنفيذ الحد عليها لحيضة على التفصيل السابق[3].

٥٥٥ — التنفيذ على المريض : إذا كان الحد الواجب على المريض هو الرجم فلا يؤخر الحد بل ينفذ فى الحال لأن الرجم حد مهلك وهو مستحق القتل أما إذا كان الحد الواجب هو الجلد فالحكم يختلف باختلاف ما إذا كان المريض يرجى شفاؤه أو لا يرجى شفاؤه

المريض الذى يرجى شفاؤه : إذا كان المريض يرجى شفاؤه فيرى مالك وأبو حنيفة والشافعى وبعض الفقهاء فى مذهب أحمد أن لا يجلد حتى يشفى من مرضه لأن إقامة الحد حال المرض قد يؤدى لتلف المريض وحجتهم ماروى من حديث على حين كلف بجلد أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فوجدها حديثة عهد

(١) المهذب ج ٢ ص ١٩٨ ـ المغنى ج ١٠ ص ١١٤ ـ الاقناع ج ٤ ص ٢٤٧

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٤

بنفاس فخشى إن جلدها أن يقتلها فعاد إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال له « ياعلى أفرغت » قال أتيتها ودمها يسيل فقال « دعها حتى ينقطع عنها الدم ثم أقم عليها الحد[1] » .

ويرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد أن الحد يقام ولا يؤخر لأن الحد واجب فلا يؤخر ما أوجبه الله بغير حجة ويحتج هذا الفريق بأن عمر رضى الله عنه أقام الحد على قدامى بن مظعون فى مرضه ولم يؤخره واشتهر ذلك فى الصحابة فلم ينكروه فكان إجماعا[2] ويعتبر الفقهاء النفاس مرضاً .

المريض الذى لا يرجى شفاؤه: يرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن المريض الذى لا يرجى شفاؤه من مرضه يقام عليه الحد فى الحال ولا يؤخر ولكنهم يشترطون أن يقام الحد بسوط يؤمن معه التلف كالقضيب الصغير وشمراخ النخل فإن خيف عليه من ذلك جمع ضغث فيه مائة شمراخ فضرب به ضربة واحدة وحجتهم ما روى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بضرب رجل مريض حتى ضنى ضربة واحدة بمائة شمراخ لأنه زنى ولأن المريض الميؤوس من شفائه إما أن يترك لمرضه فلا يحد عليه الحد أو يحد عليه كاملا فيفضى ذلك إلى موته فتعين التوسط فى الأمر وجلده جلدة واحدة بمائة شمراخ وليس ثمة مايمنع من أن تقوم الضربة الواحدة بمائة شمراخ مقابل للمائة ضربة كما قال الله تعالى ﴿ وخذ بيدك ضغثا فاضرب ولاتحنث ﴾ فهذا أولى من ترك أو قتل المريض بمالا يوجب القتل[3]

ولكن مالكاً لا يأخذ بهذا الرأى ويرى ضرب المريض الذى لا يرجى شفاؤه مائة جلدة ولا يرى فى ضربه بالعثكال إلا جلدة واحدة

(١) شرح فتح القدير ح ٤ ص ١٣٧ ــ أسنى المطالب ح ٤ ص ١٣٣ ــ المغنى ح ١٠ ص ١٤١
(٢) المغنى ح ١٠ ص ١٤١
(٣) المغنى ح ١٠ ص ١٤٢ ــ شرح فتح القدير ح ٤ ص ١٣٧ ــ أسنى المطالب ٣٤

موانع التنفيذ

٥٥٦ - يمتنع التنفيذ إذا جد ما يسقط الحد بعد الحكم به ومسقطات الحد هي :

أولاً : يسقط الحد برجوع المقر عن إقراره إذا كان الزنا ثابتاً بالإقرار سواء كان الإقرار صريحاً أو ضمنياً وقد سبق أن فصلنا الكلام عن الرجوع ومتى يسقط الحد

ثانياً : عدول الشهود ويسقط الحد بعدول الشهود عن شهاداتهم قبل التنفيذ كلهم أو بعضهم مادام عدد الشهود الباقين على شهادتهم أقل من أربعة .

ثالثاً : تكذيب أحد الزانيين للآخر أو ادعاؤه النكاح إذا كان الزنا ثابتاً بإقرار أحدهما وهو مذهب أبي حنيفة أما الأئمة الثلاثة فيرون أن التكذيب لا يسقط الحد وأن ادعاء النكاح لا يسقطه إلا إذا أقام الدليل على وجود النكاح.

رابعاً : بطلان أهلية شهادة الشهود قبل التنفيذ وبعد الحكم وهو مذهب أبي حنيفة ولا يوافقه عليه الأئمة الثلاثة

خامساً : موت الشهود قبل الرجم خاصة وهو مذهب أبي حنيفة أيضاً ولا يأخذ به الأئمة الثلاثة

سادساً : زواج الزاني من المزني بها والقائل بهذا هو أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة وحجته أن النكاح يورث شبهة تدرأ الحد لأنه يعطي الزوج حق الملك والاستمتاع ولكن فقهاء المذهب لا يوافقونه على هذا الرأي لأن الفعل وقع زنا وكان سابقاً على الزواج (١)

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٢

الكتاب الثاني

تمهيد

٥٥٧ – تعريف القذف . القذف فى الشريعة الإسلامية نوعان : قذف يحد عليه القاذف ، وقذف يعاقب عليه بالتعزير فأما ما يحد فيه القاذف فهو رمى المحصن بالزنا أو نفى نسبه وأما ما فيه التعزير فهو الرمى بغير الزنا ونفى النسب سواء كان من رمى محصناً أو غير محصن ويلحق بهذا النوع السب والشتم ففيهما التعزير أيضاً

والكلام هنا مقصود به جريمة القذف المعاقب عليها بالحد وإن الكلام على هذا النوع من القذف يشمل القذف والسب الذى يجب فيه التعزير وقد سكت الفقهاء عن بيان الفروق بين القذف بنوعيه وبين السب والشتم ، ولكن الظاهر من تتبع أقوالهم وأمثلتهم فى أبواب الزنا والقذف والتعزير أنهم يعتبرون القول قذفاً كلما رمى القاذف المجنى عليه بواقعة تحتمل التصديق والتكذيب ويمكن إثباتها بطبيعتها كالرمى بالزنا والرشوة ويعتبرون القول سباً إذا كان مارمى به المجنى عليه ظاهر الكذب ولا يقبل الإثبات بداهة كمن قال لآخر : يا كلب ياحمار أو قال لبصير ياأعمى ! فرمى الإنسان بأنه كلب أو حمار ورمى البصير بأنه أعمى هو قول ظاهر الكذب ولا يقبل بداهة إثبات صحته

٥٥٨ – قاعدة الشريعة فى إثبات القذف والسب : القاعدة فى الشريعة أن من رمى إنساناً بواقعة أو صفة محرمة ما ، وجب عليه أن يثبت صحة مارماه

به فإن عجز عن إثباته أو امتنع وجبت عليه العقوبة ، أما من سب إنسانا أو شتمه فعليه العقوبة وليس له الحق فى إثبات صحة ما قال لأن ما قاله ظاهر الكذب ولا يمكن إثباته بطبيعة الحال أما من رمى شخصاً بما ليس معصية فلا يعفيه صحة القذف من العقاب لأنه بالرغم من صحة قوله قد آذى المقذوف والإيذاء محرم فى الشريعة ولأن ما قذف به لا تحرمه الشريعة ولا تؤاخذ عليه فلا يصح أن يعير به

٥٥٩ - بين الشريعة والقانون : ويختلف قانون العقوبات المصرى عن الشريعة من هذه الوجهة كل الاختلاف فالقاعدة فيه أن ليس لمن قذف إنساناً شىء أن يثبت صحة ما قذفه به وعليه العقوبة ولو كان الظاهر أن ما قاله صدق لا شك فيه والأساس الذى يقوم عليه القانون المصرى هو حماية حياة الأفراد الخاصة وهو نفس الأساس الذى تقوم عليه القوانين الأوربية لأن مصدرها جميعا واحد هو القانون الرومانى فالقانون الوضعى يقوم فى جرائم القول على قاعدة النفاق والرياء ويعاقب الصادق والكاذب على السواء والمبدأ الأساسى فى هذا القانون أنه لا يجوز أن يقذف امرؤ آخر أو يسبه أو يعيبه فإن فعل عوقب سواء كان صادقا فيما قال أو مختلقا لما قال .

وإذا كان هذا المبدأ يحمى البرآء من ألسنة الكاذبين الملفقين فإنه يحمى الملوثين والمجرمين والفاسقين من ألسنة الصادقين ، وإذا كان هذا المبدأ قد عنى بحماية حياة الأفراد الخاصة فإنه قد أدى إلى إفساد الأفراد والجماعة على السواء لأن القانون حين يعاقب على الصدق لا يمنع الصادق من قوله الحق فقط وإنما يدفعه إلى الكذب ويشجعه على النفاق والرياء كما أن القانون لا يصلح الفرد الملوث السيرة بحمايته وإنما يشجعه بهذه الحماية على الإمعان فى الفساد بل إنه ليغرى كثيراً من الصالحين بسلوك طريق الفساد ما دام أنهم قد أمنوا من التشنيع والانتقاد وهكذا تفسد الجماعة وتنهار الأخلاق الفاضلة لأن القانون يحمى من لا يستحق الحماية على الأخلاق .

بهذا المبدأ الذى قام عليه القانون بعدم الفرق بين الخبيث والطيب والمسيء والمحسن وبعدم الحد من الرذيلة والفضيلة وبهذا المبدأ انحط المستوى الأخلاق بين الشعوب فالطيب لا يستطيع أن ينقد الخبيث ، والخبيث سادر فى غيه ذاهب إلى نهاية طوره لأنه لا يخشى رقيباً ولا حسيباً من الجماهير ولا يستطيع امرؤ طبقاً لهذا المبدأ القانونى أن يسمى الأسماء بمسمياتها وأن يصف الموصوفات بأوصافها ولا يستطيع أن يقول لمن زنا يازانى ولا يستطيع أن يقول لمن سرق يا سارق ولا يستطيع أن يقول للمفترى يا كاذب فإن قالها باء بالعقوبة وباء الزانى والسارق والكاذب فوق حماية القانون بالتعويض المالى على ما نسب إليهم من قول هو عين الحق والصدق فالحكم هو مبدأ القانون فى جرائم القول يحرم على الناس أن يقولوا الحق وأن يتناهوا عن المنكر وأن يحطوا من قدر المسيء ليرفعوا من قدر المحسن والإحسان

وقد شعر واضعو القانون المصرى بخطورة هذا المبدأ على الشعب إذا طبق على إطلاقه فاستثنوا منه حالات أربع هى

١ ـ حالة الطعن فى أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية أو مكلف بخدمة عامة فإن الطاعن لا يعاقب على طعنه إذا حصل بسلامة نية وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة بشرط أن يثبت الطاعن حقيقة كل فعل أسنده إلى المقذوف (١)

وقد تقرر هذا الاستثناء بإسقاط الموظف والنائب والمكلف بخدمة عامة إذ أن أعمالهم معرضة للانتقاد فيدعوهم ذلك إلى الإحسان ما استطاعوا

٢ ـ *حالة دعوة الأمة إلى الانتخاب* · فإن نص المادة ٦٨ من قانون الانتخاب يبيح الأقوال الصادقة عن سلوك المرشح وأخلاقه أثناء المعركة الانتخابية بالرغم من تحريم قانون العقوبات لهذه الأقوال فى الأوقات العادية ، وقد جعلت هذه الإباحة ليستطيع كل مرشح وكل ناخب أن يقول ما يعرف عن سلوك

---

(١) المادة رقم ٣٠٢ من قانون العقوبات المصرى

المرشح وأخلاقه دون خوف من العقاب ليسهل على الناخبين أن يميزوا بين المرشحين ويختاروا من يصلح للنيابة عنهم بعد أن يسمعوا عنه كل ما يتعلق بسلوكه وأخلاقه .

٣ ـ حالة انعقاد البرلمان : فإن أعضاءه لا يؤاخذون على ما يبدون من الأفكار والآراء فى المجلسين طبقاً لنص المادة ١٠٩ من الدستور وقد وضع هذا النص لتمكين نواب الأمة من أن يقولوا مايشاءون دون تحرج أوخوف من المحاكمة والعقاب و يلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن الحالتين السابقتين فى أن القاذف فى الحالتين السابقتين لا يعفو من العقاب إلا إذا كان صادقاً فيما قال أما عضو البرلمان فلا يحاكم ولا يعاقب سواء كان صادقاً فيما قال أومختلقاً لما قال

٤ ـ حالة المحاكمة والتقاضى : فالمادة ٣٠٩ من قانون العقوبات تنص على الإعفاء من العقاب على القذف والسب الذى يحدث من الخصوم أو وكلائهم فى دفاعهم الشفوى أو الكتابى أمام المحاكم لا يترتب عليه إلا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية

و يلاحظ أن القاذف والساب لا يعاقب جنائياً على قذفه أو سبه سواء كان صادقاً أو كاذباً فيما قال هذا هو مبدأ القانون المصرى فى جرائم القول وهو نفس المبدأ الذى تأخذ به القوانين الوضعية بصفة عامة وهى مستثنيات للمبدأ فى مصر وهى لا تكاد تختلف كثيراً عما فى معظم القوانين الوضعية

والعيب الفنى فى نصوص القانون المصرى هو التناقص الظاهر وانعدام الانسجام فبينما المبدأ الأساسى يقوم على حماية الحياة الخاصة للأفراد إذ بالاستثناءات تقوم على إباحة الحياة الخاصة والعامة .

وبينما المبدأ الأساسى هو تحريم القول الصادق والكاذب على السواء إذ بعض الاستثناءات تبيح القول الصادق فقط ، وبعضها يبيح القول الصادق والقول الكاذب معاً ، وليس بعد هذا تناقض ولا اضطراب والعيب الخلقى الاجتماعى أن القانون حين قرر حماية الحياة الخاصة للأفراد قد قضى بإفساد الحياة العامة

للجماعة لأن الأفراد هم الذين يكونون الجماعة وإذا صلحوا صلحت الجماعة ، ولا يمكن أن يتصور وجود جماعة صالحة أفرادها فاسدون ، ولا شك أن حماية حياة الأفراد الخاصة تؤدى إلى إفساد أخلاقهم وهدم الوازع الأدبى فى نفوسهم فمن يحاول أن يوجد جماعة صالحة من هؤلاء قبل اجتثاث الفساد من نفوسهم فإنما يحاول إقامة بيت من لبنات تالفة غير متماسكة ، فلا يكاد ينتهى من بنائه حتى يخر عليه من السقف أو ينقض من القواعد

أما المبدأ الأساسى للجرائم القولية فى الشريعة فأساسه تحريم الكذب والافتراء وإباحة الصدق فى كل الأحوال ، ولذلك فلا عقاب فى الشريعة على من يقول الحق ولا مؤاخذة على من يسمى الأشياء بمسمياتها والموصوفات بأوصافها ، ولا عقاب على من يقول للزانى يازانى إذا أثبت أنه زان ولا عقاب على من يقول للسارق إنك سارق إذا أثبت أنه سارق ، ولا عقاب على من يقول للكاذب إنك كاذب إذ لم يعد قول الحق

وليس لهذا المبدأ استثناءات فكل إنسان يستطيع أن يطعن فى أعمال الموظفين العموميين والنواب والمكلفين بخدمات عامة وينسب إليهم عيوبهم مادام يستطيع إثبات مطاعنه ، وله أن يتعدى أعمالهم العامة إلى أعمالهم وحياتهم الخاصة مادام يستطيع إثبات مطاعنه ، وليس لهم أن يتضرروا من عيوبهم ولا من الصفات القائمة فى أعمالهم أو أشخاصهم

ولم تحم الشريعة الإسلامية الحياة الخاصة للموظفين العموميين ومن فى حكمهم كما تفعل القوانين الوضعية ، لأن الشريعة لا تحمى النفاق والرياء والكذب ، ولأن الشخص الذى لا يستطيع أن يسير سيرة حسنة فى حياته الخاصة ليس أهلا فى نظر الشريعة لأن يتولى شيئاً من أمور الناس فى حياتهم العامة

وكل إنسان فى وقت الانتخابات وفى غير الانتخابات يستطيع طبقاً للشريعة أن يقول للمحسن هذا محسن وللمسىء هذا مسىء مادام يستطيع أن يثبت إساءة المسىء ، وكل إنسان سواء كان عضواً فى البرلمان أو فى أى هيئة أخرى أو كان

باطلا من عصوبة المبينات على الإطلاق له الحق فى أن ينسب مايشاء إلى من شاء مادام يستطيع أن يثبت ماينسبه إلى هؤلاء ، فليس فى الشريعة كما فى القانون مايدعو إلى تحليل الصدق فى وقت الانتخابات وتحريمه فى غير ذلك من الأوقات لأن الشريعة توجب الصدق على الدوام ولا تحرمه فى أى ظرف من الظروف أو زمن من الأزمان

وليس فى الشريعة كما فى القانون مايدعو إلى تحليل الصدق والكذب معاً لأعضاء البرلمان والمتقاضين لأن ذلك يجعل الصدق والكذب بمنزلة سواء ، والشريعة توجب الصدق كل الوجوب وتحرم الكذب كل التحريم فلا تجمع فى حكم واحد بين المتناقضين ؛ ولأن أعضاء البرلمان هم أهل الرأى والشورى فإذا أحل لهم الكذب وأمنوا العقوبة عليه كانوا أقرب إلى مظنة الوقوع فيه ، وما قيمة الرأى والمشورة من قوم يظن فيهم أنهم لا يصدقون فى كل الأحوال ، ولأن الشريعة الإسلامية تقوم على المساواة ، وفى تمييز أعضاء البرلمان والمتقاضين خروج على مبدأ المساواة .

هذه هى الشريعة الإسلامية تقوم على حماية الحياة العامة من الغش والرياء وحماية الأفراد من مسايرة الأهواء ، وترى الصدق فضيلة تستحق التشجيع لا العقاب وترى أن الفرد الفاسد أحق بأن يتحمل وزر عمله وأن لا يتضرر من نتائجه ، ومن ثم أباحت إثبات القذف فإن استطاع القاذف إثبـات ماقال فلا عقاب عليه ، وليس للمقذوف أن يتضرر من القذف لأنه نتيجة عمله هو لا عمل القاذف ، فإن عجز القاذف عن الإثبات فهو ظالم يستحق العقوبة ، ويجب أن نلاحظ أن فى إيقاع العقوبة على القاذف بعد إباحة إثبات القذف له وعجزه عن الإثبات دليل قاطع على عدم صحة القذف ، أما إيقاع العقوبة على القاذف مع منعه من إثبات القذف كما هو الحال فى القانون فإنه لا يبرىء ممـا يقذف به ، ولا نقطع بكذب القاذف ، ومن هذا يتبين أن نظرية الشريعة أكرم وأفضل للمجنى عليه والجانى من نظرية القانون الوضعى

وإذا كان القاذف لا يعاقب على القذف إذا أثبت صحته فليس معنى ذلك إهدار للمقذوف طول حياته بحيث يقذف ولا يعاقب قاذفه وإنما للمقذوف أن يستعيد عصمته بتوبته وصلاحه فإن تاب وصلح حاله عوقب قاذفه عقوبة تعزيرية إذا كان يعلم بتوبة المقذوف وإصلاح حاله ، وكان يقصد من القذف إيذاءه [1]

بل إن قاذف أي شخص بمعصية يعزر على القذف مادام المقذوف قد عوقب من قبل على معصيته لأن القذف كان لمجرد الإيذاء [2]

٥٦٠ — النصوص الواردة في القذف . الأصل في تحريم القذف الكتاب والسنة فأما الكتاب فقول الله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ﴾ وقوله ﴿ إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم ﴾

وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « اجتنبوا السبع الموبقات » قالوا وماهن يارسول الله ؟ قال « الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات »

المبحث الأول

أركان جريمة القذف

٥٦١ — ذكرنا أن القذف الذي يجب به الحد هو رمي المحصن بالزنا أو نفي النسب عنه وظاهر من هذا التعريف أن أركان جريمة القذف التي يجب بها الحد ثلاثة ١ — الرمي بالزنا أو نفي النسب ٢ — أن يكون المقذوف محصناً ٣ — القصد الجنائي

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٤
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣ ، ٢١٣

الركن الأول

الرمي بالزنا أو نفي النسب

٥٦٢ — يتوفر هذا الركن كلما رمى الجاني المجني عليه بالزنا أو نفى نسبه مع عجزه عن إثبات ما رماه به. والرمي بالزنا قد يكون نفياً لنسب المجني عليه وقد لا يكون فمن قال لشخص يا ابن الزنا فقد نفى نسبه ورمى أمه بالزنا ومن قال لشخص يا زاني فقد رماه بالزنا ولم ينف نسبه. فالرمي بالزنا يكون نفياً لنسب المجني عليه إذا تعدى القذف لأمه. أما نفي النسب فيقتضي دائماً رمي أم المقذوف أو أحد أمهاته بالزنا فمن نسب شخصاً إلى غير أبيه أو على غير جده فقد نسب الزنا لأم هذا الشخص أو جدته[1].

وإذا كان القذف بغير الزنا أو نفي النسب فلا حد فيه كالقذف بالكفر والسرقة والزندقة أو شرب الخمر أو أكل الربا أو خيانة الأمانة إلى غير ذلك ويعاقب على فعل هذا القذف بالتعزير وكذلك يعزر على القذف بالزنا ونفي النسب إذا لم تستوف شروط الحد.

ويعزر أيضاً على كل قذف لا ينسب فيه للمقذوف معصية ولو كانت وقائع القذف صحيحة.

إذا كان القذف مما يؤلم المقذوف ويؤذي شعوره كأن نسب للمقذوف أنه عنين أو عقيم أو مجنون أو مريض بالشلل أو السل أو أنه أسود اللون أو بشع الخلقة أو أنه من أسرة وضيعة.

والعبرة في تحديد الإيلام والإيذاء بما جرى عليه العرف أي بما تعارف عليه الناس ويعاقب القاذف في هذه الحالة بالذات سواء صح مانسب للمقذوف أو لم يصح لأنه إذا صح ما نسبه للمقذوف فإنه ليس فيه ما يشين ولا ما تحرمه الشريعة

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٠ ، ١٩٣ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٥ ، ٨٦ المغني ج ٩ ص ٢١ ، ٢١٥ — المهذب ج ٢ ص ٢٨٩ — ٢٩١

فالقذف ليس إلا إيذاء المقذوف وإيلام له دون مبرر . وإذا لم يصح مانسبه للمقذوف فإنه وإن لم يكن فيه مايشين أو ماتحرمه الشريعة إلا أنه افتراء يؤلم للمفترى عليه و يؤذيه والشريعة تعتبر الإيذاء دون مبرر شرعى جريمة يعاقب عليها والفرق بين هذه الحالة والحالات السابقة التى يعفى فيها من العقاب أن القاذف يؤذى المقذوف ويؤلمه فى كل الأحوال ولكنه يعفى من العقاب فى الأحوال السابقة لأن للإيذاء مبرراً شرعياً وهو إتيان المقذوف ماتحرمه الشريعة أما عن الحالة الأخيرة فليس هناك مبرر شرعى للإيذاء

والرمى باللواط عند مالك والشافعى وأحمد حكمه حكم الرمى بالزنا لأنهم يعتبرون اللواط زنا واللائط زانياً سواء كان فاعلا أو مفعولا به امرأة أو رجلا فإذا ثبت أن القاذف أراد من القذف أن المقذوف يعمل عمل قوم لوط فعليه الحد . أما أبو حنيفة لايرى حد القاذف باللواط ويرى تعزيره لأنه لا يعتبر اللواط زنا ومن ثم لايعتبر الرمى باللواط رمياً بالزنا[1]

وإذا نسب القاذف للمقذوف أنه لوطى وادعى أنه أراد أن المقذوف من قوم لوط فلا عبرة بادعائه ويجب حد القذف عند مالك ويحده أيضاً الشافعى إلا إذا أراد أنه على دين قوم لوط

أما أحمد فاختلفت عنه الرواية فروى عنه أنه يوجب الحد على القاذف إذا قال للمقذوف يالوطى . وروى عنه أنه فرق بين ما إذا قال القاذف أردت أن دينه دين لوط وفى هذه لا حد عليه وبين ما إذا قال أردت أنك تعمل عمل قوم لوط وفى هذه عليه الحد ووجه الإعفاء من الحد أن القاذف فسر كلامه بما لا يوجب الحد فاعتبر التفسير متصلا بالقذف والقاعدة أن مثل هذا التفسير لو اتصل بعبارة القذف من وقت القذف لم يجب الحد ، أما الرواية الثالثة فيرى أحمد أن القاذف إذا كان فى غضب فهو أهل لأن يقام عليه الحد لأن الغضب قرينة تدل على

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٨٧ ــ المهذب جـ ٢ ص ٢٩٠ ــ المغنى جـ ١ ص ٩ ٢ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٠ ، ١٩٠

إرادة القذف بخلاف حال الرضا ، والراجح في المذهب هو الرواية الأولى لأن كلمة لوطي لا يفهم منها الآن إلا القذف بعمل قوم لوط فكانت صريحة في اللواط صراحة لفظ الزاني في الدلالة على الزنا ، ولأن قوم لوط لم يبق منهم باقية فلا يحتمل أن ينسب إليهم أحد[1] .

ومن قذف إنساناً بإتيان بهيمة فعليه الحد عند من يعتبر إتيان البهيمة في حكم الزنا وهذا مايراه بعض الشافعية والحنابلة ولا حد عليه ولكن يعزر عند من لا يعتبرون إتيان البهائم زنا وهم مالك وأبو حنيفة وأكثر الشافعية والحنابلة[2]

والقاعدة العامة عند الفقهاء أن كل مايوجب حد الزنا على فاعله يوجب حد القذف على القاذف به وكل مالا يجب حد الزنا بفعله لايجب الحد على القاذف به فمن قذف إنساناً بالمباشرة دون الفرج أو بالوطء بالشبهة فلاحد عليه وإنما عليه التعزير لأنه لم يقذفه بما فيه حد الزنا ومن قذف امرأة بالمساحقة أو بالوطء مستكرهة فلا حد عليه ، وإنما عليه التعزير لأنه قذفها بما ليس فيه حد الزنا[3]

هذه هي القاعدة العامة عند الفقهاء ومتفق عليها ولكنهم يختلفون في تطبيقها لاختلافهم فيما يوجب حد الزنا

ويرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن الوالد وإن علا إذا قذف ولده وإن نزل لم يجب عليه الحد سواء كان القاذف رجلا أو امرأة لأن عقوبة القذف وإن كانت حداً إلا أنها متعلقة بحقوق الأفراد ولأن القذف حق لا تستوفى عقوبته إلا بالمطالبة فهو أشبه بالقصاص ولأن الحد يدرأ بالشبهات فلا يجب للابن على أبيه كالقصاص وإذا كان من المسلم به أن الإبن لايقتص من الأب ولا يقطع في سرقة

(١) يراجع المراجع السابقة
(٢) شرح الزرقاني حـ ٨ ص ٧٨ ـ شرح فتح القدير حـ ٤ ص ١٥٢ ـ نهاية المحتاج ٧ ص ٤٠٥ ـ أسنى المطالب حـ ٤ ص ١٢٦ ـ المغني ح ١٠ ص ١٦٣ ، ٢١٠
(٣) المغني حـ ١٠ ص ٢١ ـ شرح الزرقاني حـ ٨ ص ٨٦ ـ شرح فتح القدير ٤ ص ١٩٣ ـ المهذب ح ٢ ص ٢٨٩

ماله فأولى أن لا يحد في قذفه ، ويرتب أصحاب هذا الرأي على ما يقولون أن الوالد لو قال لولده من زوجته المتوفاة يا ابن الزانية لم يكن للولد أن يرفع على والده الدعوى لكن إذا كان لها ابن آخر من غيره استطاع أن يرفع دعوى القذف لأن حد القذف يثبت لكل من المستحقين على الانفراد ويترتب على هذا الرأي أيضاً أنه لو قذف الزوج زوجته في حياتها ورفعت دعوى القذف ثم ماتت قبل الحكم فيها ولم يكن لها ورثة غير أولادها من الزوج القاذف فإن الدعوى تسقط حتى عند من لا يسقطون الدعوى بالوفاة لأن ورثة المتوفاة أولاد القاذف وليس لهم أن يطالبوه بحد القذف « الدعوى تسقط دائماً عند أبي حنيفة بالوفاة وليس للورثة أن يحلوا محل المقذوف لأن حق القذف ليس من الحقوق المالية التي تورث » (١)

وفي مذهب مالك رأيان أحدهما يتفق مع الرأي السابق وثانيهما للابن أن يطالب أباه بحد القذف لأن نص القذف عام فيطلق على الأب كما ينطبق على غيره ولأن العقوبة حد والحد حق الله فلا يمنع من إقامتها قرابة الولاد ولكن القائلين بهذا الرأي يسلمون بأن الابن يفسق بمطالبته بحد أبيه أي أن عدالة الابن تسقط لمباشرته سبب عقوبة أبيه لأن الله تعالى يقول ﴿ ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما ﴾ ويقول ﴿ وبالوالدين إحساناً ﴾ (٢)

ولا يشترط في القذف أن يكون بلغة معينة فيصح أن يكون باللغة العربية ويصح أن يكون بغيرها من اللغات ويشترط في القذف أن يكون صريحاً وصريح القذف ما لا يحتمل غيره فإن احتمل غيره فهو كناية أو تعريض فمن قال يا زاني أو أنت زان ، فقد جاء بقذف صريح وإن قال أبوك زان أو أمك زانية أو يا ابن الزاني أو يا ابن الزانية فهو قذف صريح للأم والأب وإن قال يا ابن الزنا أو يا ولد الزنا كان قذفاً صريحاً أيضاً لأن معناه أنك مخلوق من ماء الزنا أما

(١) شرح فتح القدير ص ١٩٧ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٩٠ ـ المغني ج ١ ص ٨ ٢

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٧ ـ المغني ج ١ ص ٨ ٢ شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٧

إن قال ما أنا بزان وليست أمي بزانية أو قال يا ابن منزلة الركبان أو ذات الراية أو قال لامرأة : فضحت زوجك وجعلت له قرونا أو أفسدت فراشه ونكست رأسه فذلك هو التعريض أو الكناية .

ولا خلاف في أن القذف الصريح معاقب عليه بعقوبة الحد أما القذف القائم على التعريض والكناية فمختلف على عقوبته فيرى أبو حنيفة وما يراه رواية من مذهب أحمد . أن لا حد على القذف بالتعريض أو الكناية وإنما فيه التعزير ، وحجة أصحاب هذا الرأي ما روى أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم إن امرأتي ولدت غلاما أسود يعرض بنفيه فلم يعاقبه الرسول على ذلك القول وأن الله تعالى فرق بين التعريض بالخطبة والتصريح بها فأباح التعريض بها من العدة وحرم التصريح فقال جل شأنه ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا﴾ وإذا كان الشرع قد فرق بين التعريض والتصريح فيما يحرم عليه فأولى أن يفرق بينهما من أن يعاقب عليه بعقوبة الحد التي تدرأ بالشبهات وفضلا عن ذلك فإن التعريض والكناية يحتمل غيره والاحتمال شبهة والحدود تدرأ بالشبهات [1] .

والأصل عند الشافعي أن لا حد إلا في القذف الصريح ولكنه يوجب الحد من القذف بالتعريض والكناية إذا ثبت أن القاذف نوى بما قال القذف لأن الكناية مع النية بمنزلة الصريح أما إذا لم ينو بما قاله من تعريض أو كناية القذف لم يجب الحد سواء كان ذلك في حال الخصومة أو غيرها لأنه يحتمل القذف وغيره فلم يجعل قذفا من غير نية [2] .

ويرى مالك الحد في القذف بالتعريض أو الكناية إذا فهم منه القذف أو دلت القرائن على أن القاذف قصد القذف ولكنه يستثنى من ذلك الأب فإذا

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ١٩١ – المغني جـ ١٠ ص ٢١٣
(٢) المهذب جـ ٢ ص ٢٩٠

عرض الأب بوالده أو قذفه بالكناية فلا حد عليه لمدعي التهمة في قذف والده أما إذا صرح فعليه الحد . ويعتبر مالك الخصام من القرائن على القذف فمن قال في خصام لآخر ما أنا بزان فكأنه قال يا زاني أو قال أما أنا فلست بلائط فكأنه قال يالائط أو قال أما أنا فأبي معروف فكأنه قال أبوك ليس بمعروف [1] .

وهناك رواية أخرى عن أحمد بأن القاذف تعريضاً أو كناية عليه الحد وحجة أصحاب هذا الرأي أن النص عام في عقاب القاذف فإذا ثبت القذف فقد وجب الحد سواء كان القذف صريحاً أو تعريضاً أو كناية وأن هذا هو قضاء عمر فقد شاور عمر الصحابة فيمن قال لصاحبه ما أنا بزان ولا أمي بزانية فقالوا قد مدح أباه وأمه فقال عمر قد عرض بصاحبه وجلده الحد . ومن المشهور عن عمر أنه كان يجلد الحد في التعريض ، وأنه قضاء عثمان . وروى الأثرم أن عثمان جلد رجلا قال لآخر يا ابن شامة الوذر يعرض له بزنا أمه ، والوذر قذر اللحم يعرض به قذف الرجال . ولأن الأصل أن الكناية مع القرينة الصادقة إلى أحد محتملاتها كالصريح الذي لا يحتمل إلا ذلك المعنى . ويرد هذا الفريق على القائلين بأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعاقب على التعريض بأن العقاب في القذف معلق على الشكوى من المقذوف ، وأن النبي لم يعاقب من عرض بزوجته لأنها لم تتقدم بالشكوى [2] .

ولا يشترط لعقوبة الحد أن يتلفظ القاذف بعبارات القذف بل يكفي لعقابه أن يصادق عليها ، فمن قال لآخر أمك زانية فقال ثالث صدقت كان كلاهما قاذفاً .

وإذا قال رجل لآخر أشهد أنك زان أو أنك تنسب لغير أبيك ، فقال ثالث وأنا أشهد بمثل ما شهدت به كان الأول والثالث قاذفين وعليهما الحد [3]

ولا يعفى القاذف من عقوبة الحد إن كان قذفه جاء رداً لقذف وجهه إليه

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٧ – مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠١

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ١٩١ – المغني ج ١٠ ص ٢١٣

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١ – المغني ج ١٠ ٢١٥

المقذوف ، فمن قال لآخر يازانى فقال له الآخر لا بل أنت ، فإنهما يحدان ولا يسقط الحد بتبادل القذف ولا تتكافؤ السيئات [١] .

ولكن القاذف يعفى من الحد إذا صدقه المقذوف ، فمن قال لأجنبية عنه أنت زانية فقالت بك زنيت فلا حد عليه وعليها حدان ، حد الزنا لاعترافها به وحد القذف لقذفها الرجل بالزنا أما إذا صدر هذا القول من الرجل لزوجته فلا حد على أحدهما . لا حد على الرجل لأنها صدقته ، ولا حد عليها لأنه يجوز أن تكون زانية حقيقة ولأنه يجوز أن تكون قصدت نفى الزنا كما يقول الرجل لغيره سرقت فيقول معك سرقت ويريد أنى لم أسرق كما لم تسرق ولأنه يجوز أن يكون معناه ماوطئنى غيرك فإن كان ذلك زنا فقد زنيت ، فهذه الاحتمالات معناها الشبهة فى مؤدى قولها ولا حد مع شبهة [٢] .

وإذا استعمل القاذف أفعل التفضيل فى القذف فقال مثلا أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس فعليه الحد عند مالك وأحمد [٣]

أما فى مذهب أبى حنيفة فيرى البعض الحد ولا يراه البعض الآخر وحجتهم أن أفعل يستعمل فى الترجيح فى العلم فكأنه قال أنت أعلم منى بالزنا وحجة الفريق الأول أن استعمال أفعل التفضيل قذف لأن معناه أن فلانا زان وأنت أزنى منه وأن فى الناس زناة وأنت أزنى منهم [٤]

ويرى الشافعى أنه إذا قال لغيره أنت أزنى من فلان أو أنت أزنى الناس لم يكن قذفا من غير نية لأن لفظة أفعل لا تستعمل إلا فى أمر يشتركان فيه ثم ينفرد أحدهما فيه بمزية .

وما ثبت أن فلانا زان ولا أن الناس زناة فيكون هو أزنى منهم ، وإن قال

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠١ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٧
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٢ المهذب ج ٢ ص ٢٩٠ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩١ - المغنى ج ١ ص ٢١٥ ، ٢١٩
(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩١ - المغنى ج ١ ص ٢١٦
(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٩ ، ٢١١

فلان زان وأنت أزنى منه أو أنت أزنى زناة الناس فهو قذف لأنه أثبت زنا غيره ثم جعله أزنى منه[1].

وإذا قال القاذف لشخص أنت أزنى من فلان فهو قاذف لهذا الشخص ولكن هل يكون قاذفاً لفلان أيضاً؟ . فيه وجهان : أولهما . يكون قاذفاً له لأنه أضاف الزنا إليهما وجعل أحدهما فيه أبلغ من الآخر فإن لفظة أفعل للتفضيل فيقتضي اشتراك الاثنين في أصل الفعل وتفضيل أحدهما على الآخر فيه ، ثانيهما يكون قاذفاً للمخاطب خاصة لأن لفظة أفعل قد تستعمل للمنفرد بالفعل كقول الله تعالى ﴿ أفمن يهدى إلى الحق أحق أن يتّبع أم من لا يهدى إلا أن يهدى ﴾ وقال تعالى ﴿ فأى الفريقين أحق بالأمن ﴾ وقوله على لسان لوط ﴿ هؤلاء بناتى هن أطهر لكم ﴾ أى من أدبار الرجال ولا طهارة فى أدبار الرجال ويلاحظ أن الشافعى يشترط لاعتبار القول قذفاً أن يريد القـــائل القذف وأن بعض الفقهاء فى مذهب أبى حنيفة لا يعتبرون ذلك قذفاً كما ذكرنا فى الفقرة السابقة[2].

وإذا استعمل القاذف فى القذف ألفاظاً مشتركة تفيد الزنا وتفيد غيره كقوله زنأت فى الجبل بالهمزة ، فيرى البعض أن العبرة بما يفهمه عامة الناس من العبارة وأنه قذف لأن عامة الناس لا يفهمون من العبارة إلا أنها قذف ، وقال البعض إنه قذف إذا كان القاذف عامياً وكان المعنى العامى يستعمل فى القذف لأنه لا يريد به إلا القذف ، وإن كان من أهل العلم بالعربية فهو ليس قذفاً[3].

واستعمال صيغة المبالغة أو صيغة الترخيم لا ينفى وجوب الحد على القاذف فمن قال لرجل يا زانية أو قال لامرأة يا زانى فهو قذف صريح وذلك هو رأى مالك والشافعى وأحمد[4].

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ (٢) المغنى جـ ١٠ ص ٢١٦

(٣) المغنى ج ١٠ ص٢١٦ - شرح فتح القدير جـ ٤ص ٢٠٠ - المهذب جـ ١ ص ٢٩١

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٤ - المهذب ج ٢ ص ٢٩١ - المغنى ج ١٠ ص ٢١٧

ويرى أبو حنيفة وأصحابه حد القاذف لو قال لامرأة يازانى لأن الترخيم شائع ولا يمكن أن يفهم من هذا اللفظ إلا الرمى بالزنا ، أما إذا استعمل القاذف صيغة المبالغة فقال للرجل يازانية فلاحد عليه عند أبى حنيفة وأبى يوسف وإنما عليه التعزير لأنه رماه بما يستحيل منه إذ الزانية هى المرأة وهى محل للوطء والرجل ليس محلا له ، ويرى محمد من أصحاب أبى حنيفة حد القاذف بصيغة المبالغة لأن التاء فى الزانية أصيفت للمبالغة وليست للتأنيث (١).

وإذا رمى القاذف رجلا بالزنا وعين المزنى بها كأن قال زنيت بفلانة فهو قاذف للرجل والمرأة معاً أو قال له يازانى ابن الزانى وكان الأب موجوداً فهو قاذف للأب وابنه أو قال لامرأة يازانية بنت الزانية فهو قاذف للمرأتين (٢).

ويشترط فى القذف أن يكون المقذوف معلوماً فإن كان مجهولا فلا حد على القاذف ، فمن قال لجماعة ليس فيكم زان إلا واحد أو قال لرجلين أحدكما زان لم يحد لأن المقذوف مجهول وما جعل الحد إلا لدفع العار عن المقذوف (٣)

ويجب أن يكون القذف مطلقاً عن الشرط والإضافة إلى وقت معين ، فإن كان كذلك فلا حد فيه لأن ذكر الشرط والوقت يمنع وقوعه قذفاً للحال فمن قال لآخر إن دخلت هذه الدار فأنت زان فدخلها فلا يعتبر قاذفاً ومن قال لآخرين من قال عنى كذا وكذا فهو زان فقال رجل أنا قلت ذلك فلا حد ، ومن قال لغيره أنت زان أو ابن الزانية غداً أو رأس الشهر ، فجاء الغد أو رأس الشهر فلا حد عليه

ولا يعتبر نقل القذف قذفاً من الناقل إذا نقله المقذوف كلف بذلك أم لم يكلف به ، بشرط أن يثبت أنه ناقل وأن تكون الصيغة دالة على أنه مكلف

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢١٨ — المهذب ج ٢ ص ٢٩٣ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٢
(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٠ — بدائع الصنائع ص ٤٢ — المهذب ج ٢ ص ٢٩٣
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٦ — المغنى ج ١٠ ص ٢٢٥

بالنقل أو أنه يروى عن غيره ، فمن قال لآخر اذهب إلى فلان فقل له يازانى فذهب الآخر وقال ذلك للمقذوف فلا حد عليه أما إذا اقتصر على عبارة القذف فقط فهو قاذف . ويرى كل من أبى حنيفة والشافعى وأحمد أن الناقل لايعتبر قاذفاً ولو كذبه المنقول عنه ، ولكن مالكا وبعض أصحاب أحمد يعتبرون الناقل قاذفاً إذا كذبه المنقول عنه حيث لم يثبت أنه ناقل[1]

وإذا رمى القاذف بالزنا خصيا أو مجبوباً أو مريضاً فعليه الحد عند أحمد وحجته أن نص القذف عام ينطبق على كل قذف وكل مقذوف فيستوى أن يكون المقذوف قادراً على الوطء أو عاجزاً عنه لأن إمكان الوطء أمر خفى لايعلمه الكثير من الناس فلا ينتفى العار عند من لم يعلمه بدون الحد ، ويرى مالك وأبو حنيفة والشافعى أن لاحد على قاذف أحد هؤلاء مادامت الواقعة المقذوف بها تالية للعجز عن الوطء لأن العار منتف عن المقذوف بدون الحد للعلم بكذب القاذف والحد إنما يجب لنفى العار ولكن امتناع الحد لايمنع من تعزير القاذف لأنه آذى المقذوف[2] .

ويشترط أبو حنيفة لحد القاذف أن يكون القذف فى دار الإسلام فإن كان القذف فى دار الحرب أو فى دار البغى فلا حد على القاذف لأنه لا ولاية للامام على دار الحرب ولا على دار البغى وقت القذف[3]

ولكن الأئمة الثلاثة يرون حد القاذف على قذفه ولو وقع فى دار الحرب أو دار البغى مادام أنه ملتزم أحكام الإسلام .

ومن نفى شخصاً عن أبيه كأن قال له لست لأبيك فإنه يحد باتفاق ولكن أبا حنيفة يشترط أن تكون أم المنفى نسبه حرة مسلمة لأن القذف فى الحقيقة قذف للأم وفرق بين ما إذا كان النفى فى حالة الغضب فيوجب الحد وبين ما إذا

---

(١) بدائع الصنائع ح ٧ ص ٤٤ – المهذب ﺟ ٢ ص ٢٩٣ – المغنى ﺟ ١٠ ص ٢١٦

(٢) شرح الزرقانى ﺟ ٨ ص ٨٦ – شرح فتح القدير ﺟ ٤ ص ١٩١ المغنى ﺟ ١٠ ص ٢٠٣

(٣) بدائع الصنائع ﺟ ٧ ص ٥٤

كان النفى فى غير حالة الغضب فلا يوجب الحد لاحتمال أن يكون المراد بالنفى غير حقيقة كأن يكون المقصود الكناية عن عدم التشبه بالأب فى محاسن أخلاقه وعلى هذا يتوقف الحد وعدمه على القرينة ، وهذا يتفق مع رأى بعض الشافعية أما البعض الآخر فهم يرون مع مالك وأحمد الحد سواء نفى النسب فى غضب أو غيره ، ويرى أبو حنيفة أيضاً أن من نفى نسب شخص عن جده فقال لست ابن فلان لجده ، فلا حد عليه لأنه صادق فى كلامه ، ولأن الإنسان ليس ابن جده . وكذلك إذا نسب شخصاً لعمه أو خاله أو زوج أمه لايحد لأن كلا منهم يسمى أباً ، فالعم يسمى أباً لقوله تعالى ﴿ وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق ﴾ وإسماعيل كان عماً له ، والخال أب ولأن زوج الأم أب للتربية(١) ولكن مالكاً يرى الحد فى كل هذه الحالات(٢)

ولايشترط الشافعى وأحمد هذا الشرط ، ويحد القاذف عندهما ولو لم تكن الأم حرة أو مسلمة وقد توقف مالك فى حالة ما إذا كانت الأم كافرة أو أمة ورأى ابن القاسم أن يحد من ينفى النسب ولو كانت الأم كافرة أو أمة(٣) أما من ينفى شخصاً عن أمه فلا حد عليه بالإجماع لأنه لم يقذف أحداً بالزنا(٤) ومن نفى شخصاً عن قبيلته فعليه الحد عند مالك وأحمد ولا حد عليه عند أبى حنيفة(٥) وفى مذهب الشافعى قولان ومن نفى شخصاً عن جنسه بأن قال له أنت نبطى أو رومى أو لست عربياً فعليه الحد عند مالك ولا حد عليه عند أبى حنيفة وفى مذهب الشافعى وأحمد قولان أحدهما عليه الحد لأنه أراد نفى نسبه لأن الله تعالى علق الحد على الرمى بالزنا ، والثانى لاحد عليه لأنه يحتمل غير القذف احتمالا كثيراً(٦) أما إذا كان المنفى جنسه غير عربى فلا حد عليه .

---

(١) شرح فتح القدير ص ١٩٤ ، ٢٠ (٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٠٠ ، ١ ، ٣

(٣) المغنى جـ ١ ص ٢١٥ المهذب ج ٢ ص ٢٩١ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٩٣ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٨ (٤) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٩٤

(٥) شرح فتح القدير ص ١٩٩ المغنى ج ١٠ ص ٢١٥

(٦) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٨ ، ٨٩ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٩١ ـ المغنى جـ ١٠ ص ٢١٥

وإذا قذف للملاعنة أجنبي فعليه الحد عند مالك والشافعي وأحمد[(١)] ويفرق أبو حنيفة بين من لاعنت بولد ومن لاعنت بغير ولد فمن قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد أما من قذف ملاعنة بولد فلا حد عليه سواء كان الولد حياً أو ميتاً وقت القذف[(٢)]

ومن قذف شخصاً بالزنا فحد لقذفه ثم قذفه ثانية بذلك الزنا فلا يحد القذف الثاني وإنما عليه التعزير عند الشافعي وأحمد لأن نفي العار عن المقذوف وتكذيب القاذف قد تم بالحد الأول .

ولأن أبا بكرة شهد على المغيرة بالزنا فجلده عمر رضي الله عنه ثم أعاد القذف فأراد أن يجلده ثانية فقال له علي إن كنت تريد أن تجلده فارجم صاحبك فترك عمر رضي الله عنه جلده ومعنى عبارة علي أنك إن أردت أن تجلده ثانية فقد جعلت شهادته شهادتين وإذا كانت شهادته شهادتين فقد كمل عدد شهود الزنا على المغيرة فوجب عليه الرجم لأن أبا بكرة ومن معه جلدوا لنقص عدد الشهود واحداً[(٣)] أما مالك فيرى أن يحد مرة ثانية إذا كرر قذفه بعد تنفيذ الحد الأول[(٤)] .

الركن الثاني

إحصان المقذوف

٥٦٣ — يشترط في المقذوف أن يكون محصناً رجلا كان أو امرأة والأصل في شرط الإحصان قوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ وقوله ﴿ إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم ﴾ والمقصود

(١) شرح الزرقاني ج٨ ص ٨٧ — المغني ج ١٠ ص ٢٢٥ — المهذب ص ٢٩٣

(٢) شرح فتح القدير ج٤ ص ٢٠٣

(٣) المغني ج ١٠ ص ٢٣٤ — المهذب ج ٢ ص ٢٩٣

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٨

بالإحصان فى الآية الأولى العفة عن الزنا على رأى[1] والحرية على رأى[2] .
ومعنى الإحصان فى الآية الثانية الحرية فالمحصنات معناها الحرائر والعافلات معناها العفائف والمؤمنات معناها المسلمات وقد استدل الفقهاء من النصين على أن الإيمان أى الإسلام والحرية والعفة عن الزنا شروط فى الإحصان

وقد ورد لفظ المحصنات فى القرآن بمعان متعددة فوردت بمعنى العفائف على حسب ما بينا وجاءت بمعنى المتزوجات كقوله تعالى ﴿ والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم ﴾ وقوله ﴿ محصنات غير مسافحات ﴾

وجاءت بمعنى الحرائر فى قوله تعالى ﴿ من لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات ﴾ وفى قوله ﴿ والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ﴾ وقوله ﴿ فعليهن نصف ماعلى المحصنات من العذاب ﴾ وجاءت بمعنى إسلام فى قوله تعالى ﴿ فإذا أحصن ﴾

ويعتبر الشخص محصناً إذا كان بالغاً عاقلا حراً مسلماً عفيفاً عن الزنا ، والبلوغ والعقل شرطان عامان يجب توفرهما فى الجانى فى كل جريمة ولا يجب توفرهما أصلا فى المجنى عليه ولكن الفقهاء يشترطون البلوغ والعقل أيضاً فى المقذوف وهو المجنى عليه لاعتباره محصناً يعاقب على قذفه بالحد وعلة اشتراط البلوغ والعقل فى المقذوف أنه يرمى بالزنا وهو جريمة لاتقع إلا من بالغ عاقل ولأن زنا الصبى والمجنون لايجب فيه الحد ولكن الفقهاء مع هذا يختلفون فى شرط البلوغ فيرى أحمد فى رواية أن البلوغ شرط فى الإحصان لأنه أحد شرطى التكليف فأشبه العقل ولأن زنا الصبى لايوجب حداً فلا يجب الحد بالقذف به ويرى أحمد فى رواية أخرى أن البلوغ ليس شرطاً فى الإحصان مادام المقذوف عاقلا عفيفاً يتعير بالقذف ومادام القذف يمكن صدقه أى من الممكن أن يأتى المقذوف الواقعة التى قذف فيها فيستطيع الوطء إن كان ذكراً وتطيق الوطء إن كان أنثى فعلى هذه الرواية يجب أن يكون المقذوف كبيراً يجامع مثله ولو لم تكن

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٠١ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٠

بالغاً ويحددون السن الأدنى للغلام بعشر سنوات وللجارية بتسع[1]

ولا يشترط مالك البلوغ فى الأنثى ولكنه يشترطه فى الغلام ويعتبر الصبية محصنة إذا كانت تطيق الوطأ أو كان مثلها يوطأ ولو لم تبلغ فعلا[2] لأن الحد جعل لنفى العار ومثل هذه الصبية يلحقها العار أما أبو حنيفة والشافعى فيشترطان البلوغ من المقذوف ذكراً كان أم أنثى[3]

ومن المتفق عليه أن يكون المقذوف مسلما رجلا كان أو امرأة ولكنهم اختلفوا فى حالة نفى النسب إذا كانت أم المنفى نسبه رقيقاً أو غير مسلمة لأن نفى النسب عن ولدها المسلم ليس إلا رميا لها بالزنا فاشترط أبو حنيفة فى حالة نفى النسب أن تكون الأم مسلمة وأن تكون حرة فإن لم تكن كذلك فلا حد على القاذف[4]

وفى مذهب مالك لايشترط فى أم المنفى نسبه أن تكون مسلمة أو حرة ويجب عدم الحد على القاذف ولو كانت أم المنفى نسبه كافرة أو أمة[5] وهو رأى ابن القاسم أما مالك فقد توقف فى هذه المسألة ورأى الشافعى وأحمد متفق مع ماقال به ابن القاسم فى مذهب مالك[6]

ومعنى العفة عن الزنا عند أبى حنيفة أن لا يكون المقذوف وطىء فى عمره وطئاً حراماً فى غير ملك ولا نكاح أصلا ولا فى نكاح فاسد فساداً مجمعاً عليه فإن كان قد فعل شيئاً من هذا سقطت عفته سواء كان الوطء زنا موجباً للحد أم لا وإن كان وطىء وطئاً حراماً ولكنه فى ملك أو فى نكاح صحيح أو فى نكاح فاسد فساداً غير مجمع عليه فلا تسقط عفته فإذا وطىء مثلا امرأة زفت عليه غير امرأته سقطت عفته للوطء الحرام فى غير ملك ولا نكاح ولكنه لايحد

(١) المغنى ج ١ س ٢٠٢ (٢) مواهب الجليل ج ٦ س ٢٩٨ ، ٣٠٠
(٣) المهذب ج ٢ س ٢٨٩ — شرح فتح القدير ج ٤ س ١٩٢
(٤) شرح فتح القدير ج ٤ س ١٩٣
(٥) مواهب الجليل ج ٦ س ٣٠٠ (٦) المغنى ج ١٠ س ٢١٥ .

على الزنا لقيام دليل ظاهر استباح به الفعل أما إذا وطىء زوجه النفساء أو الحائض أو الصائمة أو المحرمة أو التي ظاهر منها لم تسقط عفته لقيام النكاح حقيقة ولو أن الوطء في ذاته محرم[١].

والعفة عند مالك هي سلامة المقذوف من فعل الزنا قبل قذفه وبعده ومن ثبوت حده عليه لأن ثبوت الحد يستلزم فعل الزنا[٢] وعلى هـــذا يشترط في المقذوف لاعتباره عفيفا أن لا يكون قد وطىء وطئاً يوجب حد الزنا وأن لا يكون قد ثبت عليه حد الزنا فإن كان قد فعل شيئاً من هذا أو ثبت عليه حد الزنا فهو غير عفيف . وإن كان قد وطىء وطئاً محرماً لا حد فيه فهو عفيف

ومعنى العفة عند الشافعي هي سلامة المقذوف قبل القذف وبعده عن فعل ما يوجب حد الزنا عليه فإن أتى ما يوجب حد الزنا فهو غير عفيف . أما إن وطىء في غير ملك وطأ محرماً لا يجب به الحد كمن وطىء امرأة طلقها زوجته أو وطىء في نكاح مختلف في صحته ففيه وجهان أحدهما :أنه وطء محرم لم يصادف ملكا فيسقط العفة والإحصان كالزنا ، وثانيهما : أنه وطء لا يجب به الحد فلا يسقط العفة و الإحصان كما لو وطىء زوجته وهي حائض[٣].

ولا يشترط أحمد العفة المطلقة كما يشترطها أبو حنيفة ولا العفة الفعلية عن الزنا كما يشترطها مالك والشافعي وإنما يكتفي بالعفة الظاهرة عن الزنا فمن لم يثبت عليه الزنا ببينة أو إقرار ومن لم يحد للزنا فهو عفيف وإن كان تائبا من زنا أو ملاعنه[٤]

ويرى مالك وأبو حنيفة والشافعي أن يكون الإحصان متوفراً قبل القذف وبعده حتى تنفذ العقوبة فمن قذف محصناً فلا حد عليه إذا ارتكب المحصن قبل تنفيذ الحكم ما يجعله مثلا غير عفيف وإنما على القاذف التعزير ولكن أحمد

(١) بدائع الصنائع ج ٧ (٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٠٠
(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٩٠ (٤) الاقناع ج ٤ ص ٢٦٠

يرى عليه الحد لأن الإحصان لا يشترط إلا وقت القذف ولا يشترط بعده[1] وحجة الأئمة الثلاثة أن شروط الإحصان تعتبر إلى حالة إقامة الحد بدليل أنه لو ارتد أو جن لم يقم عليه الحد ولأن وجود الزنا منه يقوى قول القاذف ويدل على تقدم هذا الفعل منه. أما أحمد فيرى أن الحد قد وجب وتم بشروطه فلا يسقط بزوال شروط الوجوب وأن القول باستدامة الشروط قول غير صحيح لأن هذه الشروط للوجوب فيعتبر وجودها إلى حين الوجوب فقط. أما إذا جن من وجب له الحد فإن الحد لا يسقط وإنما يتأخر استيفاؤه لتعذر المطالبة فأشبه ما لو غاب من له الحد، وإن ارتد من له الحد لم يملك المطالبة لأن حقوقه وأمواله تزول أو تكون موقوفة[2].

وإذا تخلف شرط من شروط الإحصان فى المقذوف فلا حد على القاذف وإنما عليه التعزير إذا عجز عن إثبات القذف، فمن قذف مجنوناً أو كافراً أو رقيقاً فعليه التعزير.

الركن الثالث

القصد الجنائى

٥٦٤ — يعتبر القصد الجنائى متوفراً كلما رمى القاذف المجنى عليه بالزنا أو نفى نسبه وهو يعلم أن ما رماه به غير صحيح. ويعتبر عالماً بعدم صحة مارماه به مادام قد عجز عن إثبات صحته، ويعتبر العجز عن صحة القذف قرينة لا تقبل الدليل على علمه بعدم صحة القذف، فليس له أن يدعى أنه بنى اعتقاده على صحة القذف على أسباب معقولة لأنه كان يجب عليه قبل أن يقذف المجنى عليه أن يكون الدليل المثبت للقذف حاضراً فى يده، وهذا هو ماقاله الرسول صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية لما قذف امرأته بشريك بن سحمار « ايت

(١) مواهب الجليل ج٦ ص ٣٠٠ المغنى ج ١٠ ص ٢١٩ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٤ وما بعدها (٢) المغنى ج١٠ ص ٢١٩ ، ٢٢٠

بأربعة يشهدون على صدق مقالتك وإلا الحد فى ظهرك » مع أن هلال شهد واقعة الزنا بنفسه ولم يخلصه من الحد إلا نزول حكم اللعان وهذا هو مايدل عليه نص القرآن الصريح فى قوله تعالى ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ﴾

ولعل هذا هو الذى حمل جمهور الفقهاء يقولون بحد شهود الزنا باعتبارهم قذفة إذا كانوا أقل من أربعة ، وإذا كان البعض لايرى حدهم فإنه لايرى حدهم إذا جاءوا مجىء الشهود أى إذا تقدموا للشهادة حسبة لله دون دافع شخصى فأما إن جاءوا مجىء القذفة فلا خلاف فى حدهم

ولا يشترط بعد ما تقدم أن يقصد القاذف الإضرار بالمجنى عليه ولا عبرة بالبواعث التى حملته على القذف

هل تشترط العلانية فى القذف ؟

٥٦٥ ـ لاتشترط الشريعة الإسلامية العلانية فى القذف كما تشترطها القوانين الوضعية ومن ثم تعاقب الشريعة القاذف سواء قذف المجنى عليه فى محل عام أو محل خاص على مشهد من الناس أو فيما بينهما فقط

وأساس عدم اهتمام الشريعة بالعلانية أنها تزن كرامة الإنسان بميزان واحد وترى أن قيمة الإنسان لا تتغير بتغير الظروف فقيمته أمام نفسه تساوى قيمته أمام الناس، وحرصه على كرامته فى السر يجب أن لايقل عن حرصه على كرامته فى العلانية ، والشريعة توجب على المرء أن تكون سره كعلنه وتعيب أناساً بأنهم يستخفون من الناس ولا يستخفون من الله وهو معهم وقاعدتها الأساسية تحريم الفواحش ماظهر منها وما بطن والإثم والبغى بغير الحق وتدعو الناس أن يذروا ظاهر الإثم وباطنه ولهذا فهى لاتميز بين جريمة ارتكبت فى السر وأخرى فى العلانية لأن الجريمة فى الشريعة محرمة لذاتها لا لظروفها فمن ارتكب جريمة فى السر لم تشهدها أحد عوقب عليها كما لو ارتكبها علانية على ملأ من الناس

أما القوانين الوضعية فلها شأن آخر إذ تميز بين أفعال القذف التي ارتكبت علنا وأفعال القذف التي ارتكبت في غير علانية ، وتعاقب على الأولى دون الثانية ، فهي تعاقب إذا عاقبت لأن القذف في الغالب سمعه فريق من الناس ولا تعاقب في غير العلانية لأن القذف لم يصل إلى أسماع الكثيرين من الناس

وهكذا تزن القوانين كرامة الإنسان عيرانين وتجعل له قيمتين ، فتحافظ على كرامته وقيمته إذا مست وانتقصت قيمته أمام الناس وتهدر كرامته وقيمته إذا مست وانتقصت دون أن يشتهر ذلك بين الناس وهكذا تفرض القوانين الوضعية على الناس حياة الرياء والنفاق وتصرفهم عن الجوهر وتجريهم وتجعل منهم أشخاصا لا كرامة لهم ولا عزة فيهم وتعلمهم أن يستحلوا لأنفسهم ما يشاءون في الخفاء وأن يتظاهروا بالبراءة والطهارة وأن لا يغضبوا لكرامتهم ولا يثوروا إذا مست في الخفاء وأن يتظاهروا بالغضب إذا مست في علانية

والمبدأ الذي أخذت به القوانين الوضعية في العلانية متمم لمبدأ عدم جواز إثبات القذف وكلاهما أساسه فرض حياة الرياء والنفاق على الناس لأن معنى عدم جواز الإثبات هو أن يعاقب الصادق والكاذب على السواء وأن لا يستطيع إنسان أن يقول الحق ويصف الناس والأشياء وصف حق إلا إذا عرض نفسه للعقاب ، فإذا لم يرد أن يكون عرضة للعقاب وجب عليه أن يعيش كاذبا لا يقول الحق ولا يعرف الصراحة

ومبدأ الشريعة في عدم اشتراط العلانية متمم لمبدأ جواز إثبات القذف ، كلاهما أساسه فرض الحياة الفاضلة على الجمهور وأخذه بالاستقامة والاعتزاز بالكرامة ، وشتان بين توجيه الشريعة وتوجيه القانون ، فالشريعة تعاقب على الجريمة لذاتها لا لظروفها، بينما القانون يعاقب على ظروف الجريمة ولا يهتم بذات الجريمة والشريعة لا تحمي الفاسقين المفسدين من السنة الصادقين المصلحين بينما تحمي البرءاء الغافلين من ألسنة الكاذبين المدعين . أما القانون فيتكفل بحماية

الفاسقين المفسدين ولو تبين فسقهم وفسادهم و يعاقب الصادقين المصلحين ولو ثبت صدقهم وصلاحهم ثم هو بعد ذلك لا يسمح للبرءاء العاقلين أن يبرئوا أنفسهم مما ادعاه عليهم الكاذبون ، لأن عقاب القاذف دون أن يسمح له بإثبات قذفه يؤدي إلى منع المقذوف من إثبات براءته فيعاقب القاذف لمجرد القذف سواء كان صحيحاً أم كاذباً و يبقى للمقذوف البرئ ما لصقت به الفرية لا يستطيع منها فكاكاً ولا خلاصاً

المبحث الثاني

في دعوى القذف

٥٦٦ — يشترط في إقامة دعوى القذف مخاصمة المقذوف أي أن يتقدم المقذوف بشكواه فإذا قدمت الشكوى من غيره لم يجز أن تقام الدعوى على أساس شكوى الغير ، كذلك لو تقدم الشهود بشهاداتهم حسبة لله لم تقبل منهم الشهادة لأن الشهادة لا تقبل قبل قيام الدعوى ، والدعوى لا تقوم إلا بشكوى المقذوف

ومن المسلم به بين الفقهاء أن القذف حد من حدود الله ، والقاعدة العامة في الشريعة أن خصومة المجني عليه ليست شرطاً في إقامة دعوى متعلقة بحد من الحدود ولكنهم يستثنون من هذه القاعدة العامة حد القذف و يوجبون في إقامة دعوى القذف خصومة المجني عليه ناظرين إلى أن الجريمة وإن كانت حداً إلا أنها تمس المقذوف مساساً شديداً وتتصل بسمعته وعرضه اتصالا وثيقا ولأن للقاذف حق إثبات قذفه فلو أثبته أصبح المقذوف مسؤولا عن جريمة الزنا كلما رمي بهذه الجريمة ووجبت عليه عقوبتها ، ولهذه النتائج الخطيرة كان من الحكمة أن يعلق رفع دعوى القذف على شكوى المقذوف .

٥٦٧ — من يملك الخصومة ؟ يملك المقذوف وحده حق الخصومة في دعوى القذف إن كان حياً ، فلا تقبل الخصومة من غيره مهما كانت صلته بالمقذوف ولو كان في القذف مساس به اللهم إلا إذا كان القذف يعتبر قذفاً

مباشراً له ، فإذا قذف شخص بأنه زنى بامرأة معينة اعتبر الرجل والمرأة مقذوفين وكان لكل منهما حق الخصومة فى دعوى القذف ولكن ليس لغيرهما أن يحرك الدعوى فليس لزوج المرأة أو ولدها أو أحد أبويها أن يحرك دعوى القذف ولو أن القذف يمسه لأن القذف لم يمسه إلا عن طريق المرأة المقذوفة وهى صاحبة الحق فى الخصومة وليس لأبناء الرجل أو أبويه أو زوجته حق الخصومة فى دعوى القذف لنفس السبب .

وإذا حرك المقذوف دعوى القذف ثم مات قبل الفصل فى الدعوى سقطت الدعوى بموته فى رأى أبى حنيفة ، لأن حق الخصومة فى دعوى القذف حق مجرد ليس مالا ولا بمعناه فلا يورث[1] .

ولكن مالكا والشافعى وأحمد يرون أن حق الخصومة يورث فيحل الورثة فى الدعوى محل المقذوف فإذا لم يكن للمقذوف وارث سقطت الدعوى .

وفى مذهب مالك يرون فى حالة موت المقذوف دون وارث أن للمقذوف أن يوصى لشخص بأن يقوم مقامه فى الدعوى فإذا أوصى على هـذا الوجه حل الوصى محله فى الدعوى ولم تسقط الدعوى بموت المقذوف[2] .

وإذا مات المقذوف بعد القذف وقبل الشكوى سقط حق المخاصمة ولم يكن لورثة المقذوف أو عصباته أن يخاصموا القاذف إلا إذا كان المقذوف قد مات وهو لا يعلم بالقذف[3] لأن سكوته عن الشكوى معناه أنه لا يريدها أو أنه عفا عن القاذف .

وإذا كان المقذوف ميتاً فجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة يبيحون رفع الدعوى على القاذف بناء على شكوى ممن يملك حق المخاصمة فإذا لم يكن هناك من يملك هذا الحق امتنع رفع الدعوى إلا عند الشافعى كما قدمنا ولكنهم اختلفوا فيمن يملك حق المخاصمة فى هذه الحالة فرأى مالك أن أصول المقذوف وفروعه

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٩ — بدائع الصنائع ج٧ ص ٢٩٢ .
(٢) المدونة ج ١٦ ص ٢ (٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

الذكور يملكون حق المخاصمة وأن أحداد المقذوف لأمه يملكون هذا الحق، فإن لم يكن أحد من هؤلاء كان حق المخاصمة للعصبة وللبنات والأخوات والجدات[1]

ويرى أبو حنيفة أن الخصومة يملكها ولد المقذوف الميت ذكراً كان أم أنثى وابن ابنه وبنت ابنه وإن سفلوا، ووالده وإن علا. ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن أولاد البنات يملكون الخصومة أيضاً ولا يرى محمد ذلك[2]

ويرى الشافعي أن حق الخصومة يملكه كل وارث، وفي مذهب الشافعي رأى أن الخصومة لجميع الورثة إلا من يرث بالزوجية ورأى آخر أن الخصومة للعصبات دون غيرهم[3].

ويعلل الفقهاء إعطاء الورثة حق المخاصمة في قذف الميت بأن معنى القذف هو إلحاق العار بالمقذوف والميت ليس محلا لإلحاق العار به فلم يكن معنى القذف راجعاً إليه بل إلى أهله الأحياء الذين يلحقهم العار بقذف الميت، ولما كان أهل الميت يتصلون به بصلة الجزئية وكان قذف الإنسان قذفاً لأجزائه فكأن القذف واقعاً على أهل الميت من حيث المعنى ولذلك تثبت لهم حق الخصومة لدفع العار عن أنفسهم. أما إذا كان المقذوف حياً وقت القذف فقد أضيف إليه القذف وقت أن كان محلا قابلا للقذف صورة ومعنى فلحق العار به وانعقد القذف موجباً حق الخصومة له خاصة[4]

ويرجع اختلاف الفقهاء على من يملك حق المخاصمة إلى الاختلاف في تقدير من يلحقهم عار القذف، فالبعض يرى أنه يلحق كل الورثة والبعض رأى أنه يلحق الورثة إلا من يرث بالزوجية والبعض رأى أنه لا يلحق إلا العصبات، والبعض رأى أنه لا يلحق إلا من يعتبر القذف عيبا لنسبه

(١) المدونة ج ١٦ ص ٢٠ – مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٥ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٤
(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٩٢
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٥ – الشرح الكبير ج ١ ص ٢٣

ولكن الفقهاء مع هذا متفقون على أن من له حق المخاصمة يستطيع أن يخاصم دون توقف على غيره ممن له نفس الحق ولو كان هذا الغير أقرب درجة للميت أى أن الأبعد درجة من الميت يستطيع أن يخاصم ولو لم يخاصم الأقرب(١)

وإذا كان الفقهاء يعللون المخاصمة بأنها لدفع العار عن المخاصم من أصول الميت أو فروعه أو ورثته أو عصباته وكان للأبعد أن يخاصم مع وجود الأقرب فمعنى ذلك أن الدعوى قصد منها حماية الأحياء لا حماية الميت ودفع العار عنهم لا عنه خصوصاً وأن القذف يتعدى دائماً المقذوف إلى غيره إذ القذف فى الشريعة معناه رمى المقذوف بالزنا أو نفى النسب عنه ، فالمقذوف إذا رمى بالزنا تعداه القذف إلى غيره ومن رمى امرأة بالزنا تعداها القذف على أقل تقدير إلى أولادها ، والمقذوف إذا قذف بما ينفى نسبه تعداه القذف إلى أصوله وفروعه وورثته

٥٦٨ - بين الشريعة والقانون : — الرأى السائد فى القوانين الوضعية اليوم أن القوانين توضع لحماية الأحياء دون الأموات ومن ثم فقذف الميت لا عقاب عليه إلا إذا تعدى أثر القذف إلى الأحياء من ورثة المقذوف أو ذوى قرباه فلا مانع إذن من المحاكمة والعقاب .

وبعض القوانين لا يعلق رفع الدعوى على شكوى المقذوف أو ورثته كما هو الحال فى القانون المصرى ، ولكن بعض القوانين يشترط لرفع الدعوى شكوى المقذوف كما هو الحال فى القانون الفرنسى ، فإذا مات المجنى عليه سقط بموته حق الشكوى إلا إذا قصد من القذف المساس بكرامة أسرة المقذوف وذويه الأحياء فيحق لهم حينئذ أن يرفعوا الشكوى باسمهم .

واتجاه القوانين الوضعية فى قذف الأموات لا يكاد يختلف عن اتجاه الشريعة فدعوى القذف فى الشريعة تمس دائماً أسرة المقذوف وأهله ، فإذا

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٠٥ — المهذب ج ٢ ص ٢٩٢ — شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٩٥ — المغنى جـ ١٠ ص ٢٠٩

أجازت الشريعة للورثة رفع الدعوى دون قيد فإن هذا يساوى تماماً ما أجازته القوانين الوضعية للورثة من رفع الدعوى فى حالة مساس القذف بهم لأن القوانين لا تقصر القذف على نسبة الزنا ونفى النسب كما هو الحال فى الشريعة، وإنما تعتبر القوانين قاذفاً كل من أسند لغيره واقعة توجب احتقاره ، ومن المسلم به أن كثيراً مما يعتبر قذفاً فى القوانين لا يمس ورثة المقذوف أو أهله الأحياء ، أما نسبة الزنا للمقذوف ونفى النسب عنه فلاشك أنه يمسهم ومن ثم يمكن القول أن القوانين تجيز دائماً دون قيد لورثة المقذوف وأهله الأحياء أن يرفعوا الدعوى فى هاتين الحالتين على القاذف

أما تعليق الدعوى على شكوى المقذوف فقد رأينا بعض القوانين كالقانون الفرنسى يتفق مع الشريعة فى هذا المبدأ وأن قوانين أخرى منها القانون المصرى لا تعلق رفع الدعوى على شكوى القاذف

٥٦٩ - هل حد القذف حق لله أم حق للعبد ؟ : - يقسم الفقهاء الحقوق التى تنشأ عن الجرائم إلى نوعين : حقوق لله تعالى وحقوق للآدميين ، ويعتبرون الحق لله كلما كان خالصاً لله أو كان حق الله فيه غالباً ، ويعتبرون الحق للعبد كلما كان خالصاً للعبد أو كان حق العبد غالباً فيه

وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التى تمس مصالح الجماعة ونظامها ، وأما حقوق الآدميين فتنشأ عن الجرائم التى تمس الأفراد وحقوقهم

وحين ينسب الفقهاء الحق لله يعنون بذلك أن الحق لا يقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة وتعتبر العقوبة فى الشريعة حقاً لله تعالى كلما استوجبتها المصلحة العامة وهى دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم فكل جريمة يرجع فسادها للعامة وتعود منفعة عقوبتها عليهم تعتبر العقوبة عليها حقاً لله تأكيداً لتحصيل المنفعة ودفع المضرة والفساد ، لأن اعتبار العقوبة حقاً لله يؤدى الى عدم إسقاطها بإسقاط الجماعة والأفراد لها

ومع أن الفقهاء يقسمون الحقوق إلى حقوق لله وحقوق للأفراد إلا أن

الكثيرين منهم يرون بحق أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعتبر حقا لله تعالى لأن كل حكم شرعى إنما شرع ليمتثل ويتبع ، ومن حق الله على عباده أن يمتثلوا أوامره ويجتنبوا نواهيه ويعملوا بشريعته ، فكل حكم إذن فيه حق لله من هذه الوجهة ، وإذا قيل إن حكما ما يرتب حقاً مجرداً للفرد فإن هذا القول لا يعتبر صحيحا على إطلاقه وإنما يصح إذا علمنا حق العبيد فى الأمور الدنيوية ، كذلك فإن ما يعتبر حقا خالصا لله يمس دون شك مصالح الأفراد لأن الشريعة إنما وضعت لتحقيق مصالح الأفراد

وقد ينشأ الحقان معا عن الجريمة الواحدة كما هو الحال فى جريمة السرقة فإنه ينشأ عنها حق لله تعالى أى حق للجماعة فى عقاب الجانى وحق للمجنى عليه فى استرداد ماله المسروق أو أخذ مقابله

وقد ينشأ عن الجريمة حق واحد فقط كما هو الحال فى جريمة الردة فإنه لا ينشأ عنها إلا حق واحد هو حق الجماعة فى عقاب الجانى

والأصل فى الشريعة أن فرض العقوبة واستيفاءها حق لله تعالى ولكن استيفاء بعض العقوبات جعلت استثناءا حقا للأفراد وهى عقوبات جرائم الاعتداء على حياتهم وأجسامهم أى القتل والجرح والضرب فقد جعلت الشريعة استيفاء عقوبة القصاص وعقوبة الدية حقاً للأفراد ولهم أن يتمسكوا بها أو يتنازلوا عنها ، فإذا تنازلوا عنها كان للجماعة أن تعاقب الجانى بالعقوبة الملائمة لظروف الجريمة والمجرم وعلى هذا فإن جعل استيفاء بعض العقوبات من حق الأفراد لا يسلب الجماعة حقها فى فرض عقوبات أخرى على هذه الجرائم ولا يمنع من تنفيذ هذه العقوبات الأخرى

ومن المتفق عليه أن جريمة القذف فيها حقان حق لله تعالى وحق للمقذوف ولكن الفقهاء يختلفون على أى الحقين هو الأقوى ، فأبو حنيفة يغلب حق الله على حق العبد ويجعل الجريمة متعلقة بحق الله تعالى ، وبعض الحنفية يرى أن

حق القذف متعلق بحقوق الآدميين وحقوق الله وأن الحق الغالب فيه هو حق الآدميين(١).

والشافعى وأحمد يغلبان حق العبد على حق الله ويجعلان الجريمة متعلقة بحقوق الآدميين ، ومالك يغلب حق العبد قبل الشكوى ويغلب حق الله تعالى بعد الشكوى ، فالجريمة عنده متعلقة بحقوق الآدميين قبل الشكوى ومتعلقة بحقوق الله تعالى بعد الشكوى .

ويغلب الشافعى وأحمد حق العبد لأن العبد فى حاجة إلى حقه أكثر من حاجة الجماعة إلى حقها ، ويغلب أبو حنيفة حق الجماعة على حق العبد لأن ذلك يؤدى إلى حفظ حق الجماعة وحق العبد معاً بينما تغليب حق العبد يؤدى إلى إهدار حق الجماعة(٢).

ولأن ولى الأمر يعتبر نائباً عن الأفراد ونائباً عن الجماعة فيستطيع أن يقوم على حق الجماعة وحق الفرد إذا غاب حقه لايمثل إلا نفسه فلايستطيع أن يرعى حق الجماعة ، أما مالك فيغلب حق العبد قبل الشكوى باعتبار أن حق الجماعة لايبدأ فى الظهور إلا بعد الشكوى فإذا لم تكن شكوى فلا حق إلا حق الآدمى أما بعد الشكوى فيوجد حق الجماعة ، وإذا وجد حق الجماعة تغلب على حقوق الآدميين(٣) .

٥٧٠ — ويترتب على الاختلاف فى تغليب أحد الحقين على الآخر نتائج كثيرة أهمها :

١ — أن تغليب حق الآدميين على حقوق الله يؤدى إلى القول بأن الحقوق الناشئة للمقذوف عن جريمة القذف تورث لأن الإرث يجرى فى حقوق العباد ، بينما القائلون بتغليب حق الله على حق الآدمى لايرون الإرث فى حق الخاصمة ،

(١) شرح فتح القدير حـ ٤ ص ١٩٨
(٢) شرح فتح القدير ح ٤ ص ١٩٨
(٣) مواهب الجليل حـ ٦ ص ٣٠٥

إذ الحد و إن كان مقرراً لمصلحة الآدمى إلا أنه حق لله والآدمى يرث الآدمى فيما كان مالا أو متصلا بالمال وحق المخاصمة ليس شيئاً من هذا[1] .

٢ — العفو . فمن غلب حق الله على حق الآدميين كأبى حنيفة رأى أن المقذوف ليس له أن يعفو عن القاذف بعد ثبوت الجريمة عليه ، فإن عفا كان عفوه باطلا[2] لأن الحد حق من حقوق الله فليس للفرد أو الجماعة إسقاطه ولا يسقط بالعفو كسائر الحدود

ومن غلب حق العبد على حق الله كالشافعى وأحمد رأى أن المقذوف له أن يعفو عن القاذف إلى وقت إقامة الحد فإن عفا عنه سقط الحد على أنه إذا تعدد المقذوفين وكانت الجريمة محكوما فيها بحد واحد فيشترط لسقوط الحد أن يكون العفو من جميع المقذوفين ، فإذا عفا البعض دون البعض وجب الحد لمن لم يعفو ولم يسقط بعفو من عفا[2]

ولمالك آراء متعددة فى العفو أولها . أن العفو يصح إلى ماقبل التبليغ فإذا لم يعف المقذوف و بلغ الحادث فلا عفو بعدها ـ وثانيها . أن العفو يصح إلى ماقبل سماع الشهود ، فإن أدى الشهود شهادتهم فلاعفو بعدها ثالثها أن العفو جائز قبل التبليغ و بعده كلما قصد المقذوف من العفو أن يستر على نفسه[3]

والقائلون بالعفو يجيزون أن يكون العفو صريحا أو ضمنيا و يرتبون على العفو قبل التبليغ عدم جواز رفع الدعوى لسقوط حق المقذوف فى الشكوى بالعفو .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٨
(٢) المغنى ج ٩ ص ٢٠٤ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٩٢
(٣) المدونة ج ١٦ ص ١٦ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥

المبحث الثالث

فى الأدلة على القذف

يثبت القذف بالطرق الآتية .

١٧٥ — أولا : شهادة الشهود ويشترط فى شهود القذف مايشترط فى شهود الزنا من البلوغ والعقل والحفظ والقدرة على الكلام والعدالة والإسلام وانعدام القرابة وانعدام العداوة وانعدام التهمة ، كذلك يشترط فى شهود القذف الذكورة والأصالة وقد تكلمنا عن هذه الشروط جميعاً بمناسبة الكلام على الشهادة فى الزنا

عدد الشهود فيما يختص بإثبات التهمة يكفى لإثبات واقعة القذف على القاذف شهادة شاهدين فقط أما فيما يختص بنفى التهمة فللمتهم بالقذف أن يتبع إحدى الطرق الآتية

الأولى أن ينكر واقعة القذف ثم يستشهد على عدم حصول القذف عن شاء من الرجال أو النساء دون التقيد بعدد معين

الثانية — أن يدعى أن المقذوف اعترف بصحة القذف ويكفى لتأييد هذا الدفاع شهادة رجلين أو رجل وامرأتين[١]

الثالثة أن يعترف بالقذف ويبدى استعداده لإثبات صحة القذف وفى هذه الحالة يجب عليه أن يستشهد على صحة الواقعة المقذوف بها أربعة شهود يشترط فيهم مايشترط فى شهود إثبات جريمة الزنا على أن لا يكون القاذف أحدهم لأنه لا يعتبر شاهداً .

الرابعة إذا كان زوجاً فاعترف بالقذف فله أن يلاعن الزوجة ويرى أبو حنيفة أن للقاذف أن يثبت صحة القذف بأربعة شهود غيره ، فإن شهدوا بصحة القذف فلا يحد المقذوف حد الزنا إذا كانت الشهادة على زنا متقادم[٢]

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٠ (٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٠

لأن الأصل عنده أن الشهادة لاتقبل عند التقادم ولكنها قبلت هنا لإسقاط الحد عن القاذف وليس لإيجاب الحد على المقذوف ويخالف أبا حنيفة فى هذا الأئمة الثلاثة ويرون حد المقذوف حد الزنا إذا ثبت الزنا عليه ولو كان متقادماً لأنهم لايعترفون بالتقادم « إلا على رأى لأحمد كما ذكرناه »

ويرى أبو حنيفة أن لا أثر للتقادم على القذف لأن الدعوى فى القذف شرط فلا يمكن التقدم بالشهادة حسبة ولا تقبل مثل هذه الشهادة قبل الدعوى ، ومادامت الدعوى تأخرت لأسباب خاصة بالمقذوف فليس من هذا مايدعو إلى اتهام الشهود ، وليس فيه مايفيد معنى الضغينة والتهمة كما هو الحال فى الزنا والشرب مثلا إذ الدعوى فى هاتين الجريمتين ليست شرطاً[1]

ويشترط فى الشهادة اتحاد المجلس ولا يقبل فى القذف كتاب القاضى إلى القاضى ولا الشهادة على الشهادة[2]

٥٧٢ - ثانيا - الإقرار : يثبت القذف بإقرار القاذف أنه قذف المجنى عليه ، ولا يشترط العـــــدد فى الإقرار فيكتفى أن يقر مرة واحدة فى مجلس القضاء[3]

ويرى أبو حنيفة جواز الشهادة على الإقرار فى القذف إذا حدث فى غير مجلس القضاء لأن إنكار الإقرار بالقذف لاقيمة له ولا يعتبر رجوعا عن الإقرار[4] ولأن الرجوع عن الإقرار فى القذف لا أثر له على الحد لأن حد القذف حق العبد من وجه ، وحق العبد لا يحتمل السقوط بالرجوع بعد ثبوته كما هو الحال فى القصاص[5] ولا يقبل الرجوع عند أحمد[6]

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٦
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٠ (٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ (٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦١
(٦) الاقناع ج ٤ ص ٢٥٩

ويصح الإقرار في القذف ولو مع السكر كما هو الحال في الخصومة التالية لأن العبد حق في القذف(١)

ومن المتفق عليه في مذهب أبي حنيفة أن القاضي أن يقضي بعلمه في القذف على أن يكون العلم في زمان القضاء ومكانه، ولكنهم اختلفوا على جواز القضاء بعلمه إذا كان العلم في غير زمان القضاء أو مكانه(٢)

٥٧٣ ـ ثالثاً ـ اليمين يثبت القذف عند الشافعي باليمين إذا لم يكن لدى المقذوف دليل آخر فله أن يستحلف القاذف فإن نكل القاذف ثبت القذف في حقه بالنكول

ويرى الشافعي أيضاً أن يستحلف القاذف المقذوف إذا لم يكن لدى القاذف بينة على صحة القذف، فإن نكل المقذوف عن اليمين اعتبر القذف صحيحاً ودرئ الحد عن القاذف، ولا يرى الشافعي الاستحلاف في شيء من الحدود إلا في القذف فقط لأنه حق العبد ولأن الرجوع عن الإقرار في القذف باطل ولأن النكول عن اليمين بمثابة الإقرار. أما في الحدود الأخرى فلا يرى الاستحلاف فيها لأنها حق الله من ناحية ولأن الرجوع عن الإقرار فيها صحيح(٣)

وفي مذهب أبي حنيفة يرى بعضهم الاستحلاف ولا يراه البعض الآخر فمن قال بالاستحلاف اعتبر ما في القذف من حق العبد على أن القائلين بالاستحلاف اختلفوا فمنهم من رأى القضاء بالحد بالنكول ومنهم من رأى القضاء بالتعزير عند النكول بدلاً من الحد، ومن قال بعدم الحلف اعتبر حق الله سبحانه وتعالى وأنه هو الحق الغالب فألحقه بسائر حقوق الله تعالى الخالصة وهي لا يقضى بها باليمين ولا بالنكول(٤)

ولا يرى مالك وأحمد جواز الإثبات باليمين في القذف فليس للقاذف أو

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٢
(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ٤٠٢ ، ٤٠٤ يراجع الوجيز
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٢

للمقذوف أن يستحلف الآخر(١)

ولأحمد رأى قديم بجواز القضاء بالنكول فى القذف ، ولكن المذهب أنه لا يقضى بالنكول فى غير المال وما يقصد به المال(٢)

المبحث الرابع

عقوبة القذف

٥٧٤ - للقذف عقوبتان الأولى أصلية وهى الجلد والثانية تبعية وهى عدم قبول الشهادة

والأصل فى العقوبتين قوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ﴾

عقوبة الجلد عقوبة الجلد مقدارها ثمانون جلدة وهى لا تقبل استبدالا ولا إنقاصاً وليس لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أما للمقذوف فله الحق فى العفو عنها على رأى البعض وليس العفو على رأى البعض الآخر كما بينا من قبل.

عدم قبول الشهادة من المتفق عليه أن القاذف يجب عليه مع الحد سقوط شهادته لقوله تعالى ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ﴾

وقد اختلفوا فى سقوط الشهادة مع التوبة فرأى أبو حنيفة أن شهادة القاذف تسقط وإن تاب ، ورأى مالك والشافعى وأحمد أن القاذف تقبل شهادته إن تاب وأساس اختلافهم فى هذه المسألة هو اختلافهم فى تفسير قوله تعالى ﴿ إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا ﴾ فمن رأى أن الاستثناء يعود إلى أقرب مذكور فى قوله تعالى ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا ﴾ قال التوبة ترفع الفسق ولا تؤثر على عدم قبول

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩١ - تبصرة الحكام ج ١ ص ١٧٤ - الاقناع ج ٤ ص ٢٥٩
(٢) المغنى ج ١٢ ص ١٢٦

الشهادة ، ومن رأى أن الاستثناء يعود إلى الجملة السابقة كلها ويتناول الأمرين جميعاً قال التوبة ترفع الفسق وتمنع من رد الشهادة .

ويرى أبو حنيفة ومالك أن شهادة القاذف لاتسقط إلا بالحد أما الشافعي وأحمد فيسقطان شهادة القاذف بثبوت المعصية عليه أى بعجزه عن إثبات صحة القذف ولو لم يحد[1]

٥٧٥ - تعدد العقوبات : إذا تعددت العقوبات فإما أن تكون كلها عن جرائم قذف وإما أن تكون عن جرائم قذف وجرائم أخرى وفى الحالتين تتداخل العقوبات على الوجه الآتى

٥٧٦ - تداخل عقوبات القذف : اختلف فى تداخل عقوبات القذف فرأى مالك وأبو حنيفة أن عقوبات القذف تتداخل إلى وقت تنفيذها فمن قذف غير مرة حد فهو لذلك كله سواء قذف فرداً واحداً أو أفراداً وسواء كان القذف بكلمة أو بكلمات من يوم واحد أو أيام مختلفة وسواء اتحدت عبارات القذف أم اختلفت طلب بعضهم الحد أم كلهم فإذا أقيم الحد فقذف أحداً بعد ذلك حد له من جديد

وإذا كان مالك وأبو حنيفة قد اتفقا فى هذا فإنهما اختلفا فيما إذا قذف أحداً أثناء تنفيذ العقوبة فرأى مالك أن القذف إذا كان بعد تنفيذ أكثر الحد كمل الحد الأول ووجب للقذف الثانى حد كامل وإن كان بعد تنفيذ أقل الحد وجب للقذف الجديد حد جديد وتداخل فى الحد الجديد مابقى من الحد الأول أو بمعنى آخر لم يضرب للقذف الجديد إلا بقدر مااستوفى من الحد الأول وظاهر مما سبق أن مالك لايرى التداخل بعد بدء التنفيذ إذا كان قد نفذ أكثر الحد ويرى التداخل بقدر مابقى من الحد إذا كان قد نفذ أقله أما أبو حنيفة فيرى التداخل مادام لم يتم التنفيذ ولو كان الباقى من الحد سوط واحد فوضرب

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٦ - شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٦٥ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٧ - المهذب ج ٢ ص ٣٤٨ - المغنى ج ١٢ ص ٧٤

القاذف تسعة وتسعين سوطا ثم قـــذف قذفا لايضرب إلا ذلك السوط الواحد المتداخل[1] .

ويرى الشافعي أنه إذا قذف شخصاً واحداً عدة مرات قبل أن يحد فإن العقوبات تتداخل ويجرى عنها جميعا حد واحد إذا كان القذف بزنا واحد وكذلك الحكم على الرأى الراجح ولو قذفه كل مرة بزنا آخر لأن العقوبات كلها من جنس واحد لمستحق واحد فتتداخل كما لو زنى ثم زنى ، أما الرأى المرجوح فيرى أصحابه تعدد الحد بتعدد وقائع القذف لأن القـــذف من حقوق الآدميين ولا تداخل فيها

وإذا قذف جماعة فوجه لكل واحد منهم القذف على انفراد وجب لكل واحد منهم حد ولا تداخل منها تعددت الحدود وإن قذفهم بكلمة واحدة فيه قولان ، قال فى القديم يجب حد واحد لأن كلة القذف واحدة فوجب حد واحد كما لو قذف امرأة واحدة وقال فى الجديد يجب لكل واحد منهم حد لأنه ألحق العار بقذف كل واحد منهم فلزمه لكل واحد منهم حد كما لو انفرد بقذف كل واحد منهم وهذا هو الرأى المعمول به فى المذهب

وإذا كانت كلة عبارة القذف تعتبر قذفاً لشخصين كما لو قذف زوجته برجل ولم يلاعن فيرى البعض أن على القاذف حدين لأنه قذف شخصين ويرى البعض أن على القاذف حداً واحداً لأن القذف بزنا واحد

أما إذا كانت عبارة القذف تعتبر قذفا لشخصين وكان القذف بأكثر من زنا واحد فلا خلاف فى أن على القاذف حدين ، كما لو قال لزوجته يازانية بنت الزانية

وإن وجب عليه حد لاثنين فإن وجب لأحدهما قبل الآخر وتشاحا قدم السابق منهما لأن حقه أسبق وإن وجب عليه لهما فى حالة واحدة فإن قدمهما معا وتشاحا أقرع بينهما

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٨ ، ٩٢ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٨٠٢ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٣

وإن وجب حدان لم يحد لأحدهما لم يحد للآخر حتى يبرأ ظهره من الحد الأول لأن الموالاة بين الحدين تؤدى إلى التلف[1]

ويرى أحمد أنه إذا قذف رجل شخصا مرات فلم يحد لحد واحد سواء قذفه بزنا واحد أو زنيات . وإذا قذف جماعة بكلمات فلكل واحد منهم حد ولا تتداخل الحدود فى هذه الحالة مهما تعددت لأنها من حقوق الآدميين

وإذا قذف الجماعة بكلمة واحدة لحد واحد إذا طالبوا ، أو واحد منهم

«وهناك رواية عن أحمد أنه يلزمه لكل واحد منهم حد كامل » وإذا طلبوا الحد جملة حد لهم وإن طلبه أحدهم أقيم الحد لأن الحق ثابت لهم على سبيل البدل فأيهم طالب به استوفاه وسقط باستيفائه فلم يكن لغيره أن يطالب به وإن أسقطه أحدهم كان لغيره أن يطالب به ويستوفيه .

وروى عن أحمد رواية أخرى أنهم إذا طلبوه دفعة واحدة لحد واحد وكذلك إن طلبوه واحداً بعد واحد إلا أنه لم يتقدم حتى طلبه الكل لحد واحد وإن طلبه واحد فأقيم له ثم طلبه آخر أقيم له وكذلك جميعهم لأنهم إذا اجتمعوا على طلبه وقع استيفاؤه لجميعهم وإذا طلبه واحد منفرداً كان استيفاؤه له وحده فلا يسقط حق الباقين بغير استيفائهم أو إسقاطهم .

وإذا قال لرجل ياابن الزانيين فهو قاذف لهما بكلمة واحدة فإن كانا ميتين ثبت الحق لولدهما ولم يجب إلا حد واحد وإن قال يازانى ابن الزانى فهو قذف لهما بكلمتين فإن كان أبوه حياً فلكل واحد منهما حد وكذلك لو قال يازانى ابن الزانية وكانت أمه على قيد الحياة وإن كانت ميتة فالقذفان جميعاً له وإن قال زنيت بفلانة فهو قذف لهما بكلمة واحدة[2] .

٥٧٧ – هل تتداخل عقوبة القذف مع عقوبات الجرائم الأخرى ؟

يرى مالك أن حد القذف يتداخل مع حد الشرب لاتحاد الموجب أى أن

---

(١) المهذب حـ ٢ ص ٢٩٢

(٢) ال[illegible]

موجب كل من الحدين ثمانون جلدة فإذا أقيم على أحدهما سقط عنه الآخر ولو لم يقصد عند إقامته الحد إلا واحدا فقط ثم ثبت أنه شرب أو قذف فإنه يكتفى بما ضرب له عما ثبت وكذلك الحكم لو سرق لأول مرة وقطع يمين آخر فإن الحدين يتداخلان لاتحاد الموجب [(١)]

ولا يرى الأئمة الثلاثة مايراه مالك من التداخل بين حد القذف وحد الشرب وفيما عدا ما سبق فإن من المتفق عليه أن حد القذف لا يتداخل مع أية عقوبة أخرى ولو كانت القتل سواء كان القتل حقاً لله كرجم الزانى المحصن أو حقاً للعبد كالقصاص فحد القذف يبدأ مع القتيل ومع غيره ويقدم على القتل لأنه فيه حق الآدمى وحقوق الآدميين لا تتسامح فيها كما يرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد ولأن حد القذف جعل لدفع العار فلا يمحه القتل لئلا يقال للمقذوف مالك لم يضرب لك فلان حد الفرية [(٢)]

كيفية تنفيذ العقوبة — راجع ما كتب عن الجلد فى الزنا وما كتب خاصة عن القذف

٥٧٨ — مسقطات العقوبة — ١ — رجوع الشهود عن شهادتهم ٢ — تصديق المقذوف للقاذف ٣ — تكذيب المجنى عليه لشهوده وهذا عند أبى حنيفة خاصة — ويرى مالك أنه إذا كذب شهوده قبل سماعهم لم تسمع شهادتهم فإذا كذبهم بعد الشهادة لم يلتفت لقوله ٤ — بطلان أهلية الشهود قبل التنفيذ وهو شرط خاص بأبى حنيفة لان القاعدة عنده أن الإمضاء من القضاء

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨ ٠

(٢) المدونة ج ١٦ ص ١٢ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨ ١ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٩ — بدائع الصنائع ج٧ ص٦٣ — المهذب ج٢ ص ٥ ٣ — المغنى ج ١٠ ص ٢٢١ وما بعدها

الكتاب الثالث

الشرب

٥٧٩ - حرمت الشريعة الإسلامية الخمر تحريماً قاطعاً لأنها تعتبر الخمر أم الخبائث وتراها مضيعة للنفس والعقل والصحة والمال وقد حرصت الشريعة على أن تبين للناس من أول يوم أن منافع الخمر مهما قيل في منافعها ضئيلة لا تتعادل مع أضرارها الجسيمة وذلك قوله تعالى ﴿ يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما ﴾

وقد حرمت الشريعة الإسلامية الخمر من ثلاثة عشر قرنا ووضع التحريم موضع التنفيذ من يوم نزول النصوص المحرمة وظل العالم الإسلامي يحرم الخمر حتى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن العشرين حيث بدأت البلاد الإسلامية تطبق القوانين الوضعية وتعطل الشريعة الإسلامية فأصبحت الخمر مباحة لشاربيها كما هو الحال في مصر ولا عقاب على شربها أو السكر منها اللهم إلا إذا وجد شاربها في حالة سكر بين في محل عام فإن كان السكر بينا وكان السكر في محل خاص فلا عقاب عليه أي أن العقوبة التي يقررها القانون المصري ليست على شرب الخمر ولا على السكر وإنما على وجود السكران في محل عام

وفي الوقت الذي يستبيح فيه المسلمون الخمر بالرغم من تحريم الإسلام لها تنتشر الدعوة إلى تحريم الخمر في كل البلاد غير الإسلامية فلا تجد بلداً ليس فيه جماعة أو جماعات تدعو إلى تحريم الخمر وتبين بكل الوسائل أضرارها العظيمة التي تعود على شاربيها بصفة خاصة وعلى الشعوب بصفة عامة ،

وقد اندفعت هذه الجماعات إلى المناداة بتحريم الخمر بعد ما أثبته العلم من أن شرب الخمر مضر بالصحة وأنه يضعف الجسم والعقل بصفة عامة ويؤدي إلى الجنون في كثير من الأحوال كما يؤدي إلى العقم فإذا لم يؤد إلى العقم فإنه يؤدي إلى قلة النسل وانحطاطه من الناحيتين الجسمانية والعقلية وكذلك ثبت أن شرب الخمر يؤدي إلى ضعف الإنتاج وهذا الذي أثبته العلم الحديث يؤيد تأييداً مطلقاً نظرية الشريعة الإسلامية

وقد ترتب على الدعوة القوية لتحريم الخمر أن ابتدأت الدول غير الإسلامية تضع فكرة تحريم الخمر موضع التنفيذ من القرن الحالي فالولايات المتحدة الأميريكية أصدرت من عدة سنين قانونا يحرم الخمر تحريما تاما وقد أصدرت الهند من سنتين قانونا مماثلا ، وهاتان هما الدولتان الكبيرتان اللتان حرمتا الخمر أما أكثر الدول فقد استجابت للدعوة استجابة جزئية فحرمت تقديم الخمر وتناولها في المحلات العامة في أوقات معينة من النهار أو أيام معينة من العام ، كما حرمت تقديمها أو بيعها لمن لم يبلغوا سناً معينة

ونستطيع أن نقول بعد ذلك إن العالم غير الإسلامي أصبح اليوم مهيئاً لفكرة تحريم الخمر بعد أن ثبت علمياً أنها تضر بالشعوب ضرراً بليغاً وأن الدعوة إلى التحريم تأخذ طريقها وتشتد ساعدها كل يوم وتجد من العلماء والمصلحين كل تعضيد ، وأن اليوم الذي تحرم فيه كل الدول الخمر تحريماً قاطعاً لم يعد بعيداً ، وأن العالم غير الإسلامي قد بدأ يأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية ويسير على أثرها فسجل على نفسه بذلك أنه استجاب للحق بعد أن ظل يدعى إليه ثلاثة عشر قرناً فلا يستجيب

ولقد كان هذا حرياً أن يدفع البلاد الإسلامية إلى المسارعة بتحريم الخمر وتطبق أحكام الشريعة الإسلامية ولكن المسلمين لا يزالون يغطون في نومهم عاجزين عن الشعور بما حولهم ، بل عاجزين عن الشعور بأنفسهم وسيأتي قريباً اليوم الذي يصبح فيه تحريم الخمر عاماً في كل الدول فتتم معجزة الشريعة الإسلامية

ويحقق ما نادت به من ثلاثة عشر قرناً على أيدى أناس لا ينتمون للإسلام ولا يعرفون من حقائقه شيئاً .

٥٨٠ — النصوص الخاصة بالخمر : الأصل فى التحريم القرآن والسنة على أن نصوص القرآن لم تحرم الخمر دفعة واحدة بل جاء التحريم تدريجياً وأول نصوص التحريم قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾ ثم جاء القرآن بعد ذلك بتأثيم شاربها فى قوله تعالى : ﴿ يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما ﴾ ثم نزل التحريم القاطع فى قوله تعالى . ﴿ يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ .

أما السنة فقول النبى صلى الله عليه وسلم « كل مسكر خمر وكل خمر حرام» عن ابن عمر ، وقوله « ما أسكر كثيره فقليله حرام » عن جابر ، وعن عائشة قوله « كل مسكر حرام وما أسكر منه الفرق فملء الكف منه حرام » وعن عبد الله بن عمر « لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه ، وقوله « من شرب الخمر فاجلدوه » .

٥٨١ — معنى الشرب عند الفقهاء : اختلف الفقهاء فى تحديد معنى الشرب فهو عند مالك والشافعى وأحمد شرب المسكر سواء سمى خمراً أم لم يسم خمراً وسواء كان عصيراً للعنب أو لأى مادة أخرى كالبلح والزبيب والقمح والشعير والأرز وسواء أسكر قليله أو أسكر كثيره[1]

أما أبو حنيفة فالشرب عنده قاصر على شرب الخمر فقط سواء كان ما شرب كثيراً أو قليلا والخمر عنده اسم لما يأتى .

(١) ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد وعند أبى يوسف ومحمد ماء العنب إذا غلا واشتد فقد صار خمراً قذف بالزبد أو لم يقذف به

(٢) ماء العنب إذا طبخ فذهب أقل من ثلثيه وصار مسكراً (٣) نقيع البلح والزبيب

---

(١) — شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١١٢ — أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٨ — المغنى جـ ١٠ ص ٣٢٦

إذا علا واشتد وقذف بالزبد على رأى أبى حنيفة أو إذا علا واشتد ولو لم يقذف بالزبد على رأى أبى يوسف ومحمد ويستوى أن يكون النبيذ رطباً أو بسراً أو تمراً . وماعدا هذه الأنواع الثلاثة لا يعتبر خمراً عند أبى حنيفة فعصير العنب إذا طبخ فذهب ثلثاه ونقيع الزبيب والزبيب إذا طبخ وإن لم يذهب ثلثاه ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وغير ذلك من المواد نيئاً كان أو مطبوخاً كل ذلك لا يعتبر خمراً وشربه حلال إلا ما بلغ السكر فإذا أسكر فلا يعاقب على شربه وإنما يعاقب على السكر منه وحجة أبى حنيفة فى هذا الرأى ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أشار إلى النخلة والكرمة وقال « الخمر من هاتين الشجرتين » وما روى عنه من قوله « حرمت الخمرة لعينها والمسكر من كل شراب »[1]

فأبو حنيفة إذن يفرق بين الخمر والمسكر ويحرم شرب الخمر قليلا كان أو كثيراً أما ماعدا الخمر من المواد المسكرة فيسميه مسكراً لا خمراً والمسكر عنده لا يعاقب على شربه كالخمر وإنما يعاقب على السكر منه لأن المسكر ليس حراماً فى ذاته وإنما الحرام هو الكمية الأخيرة منه التى تؤدى للسكر فلو شرب شخص ثلاثة أقداح ولم يسكر ثم شرب الرابع فسكر فالمحرم هو القدح الرابع

ولقد أدت التفرقة بين الخمر والمسكر إلى أن فرق أبو حنيفة بين عقوبة الشرب وعقوبة السكر وأن يقول بأن الحد حدان حد الشرب وهو قاصر على شرب الخمر سواء سكر الشارب أم لم يسكر ،قل ماشربه أو كثر وحد السكر وهو لمن يسكر فعلا من أى شراب مسكر غير الخمر فإذا شرب منه ولم يسكر فلا عقاب عليه أما باقى الأئمة فالحد عندهم واحد هو حد الشرب ويجب على كل من شرب مسكراً سواء سمى خمراً أو سمى باسم آخر وسواء سكر الشارب أم لم يسكر مادام أن الكثير من الشراب يسكر لأن القاعدة عندهم أن ما أسكر كثيره فقليله حرام

ورأى الأئمة الثلاثة هو الرأى المتبع فى العالم الإسلامى إلا أننا رأينا أن

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٢ وما بعدها ــ المغنى ج ١٠ ص ٣٢٧

تشكلم على حد الشرب وحد السكر معاً ببيان رأى الحنفيين ولأن بعض الفقهاء يرى حد غير المسلم إذا سكر(١) فكان الكلام على حد السكر واجباً من هذين الوجهين على أن البعض الآخر يرى تعزير الذمى على السكر(٢) .

والقاعدة عند فقهاء الشريعة أن الخمر مباح لغير المسلمين ما دام دينهم لا يحرمها تطبيقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « أمرنا بتركهم وما يدينون » ولكن لما كان السكر مما تحرمه الأديان جميعاً فقد رأى بعض الفقهاء حد غير المسلم على السكر ورأى البعض تعزيره ولا خلاف فى أن غير المسلم يعزر على التظاهر بالشرب ولو لم يسكر ولو أن الشرب مباح له على أنه ليس فى قواعد الشريعة ما يمنع من تطبيق حد الشرب على غير المسلمين إذا تبين أن السماح لهم بشرب الخمر يؤدى إلى الفساد الاجتماعى ولاشك أن عدم تحريم الشرب عليهم يؤدى هذا إلى الفساد لأن السماح لهم بالشرب يقتضى وجود الخمر فى البلاد ويشجع المسلمين على شرب الخمر وهذا وحده يؤدى إلى هدم قواعد التحريم وإذا كانت الدول المسيحية واليهودية تحرم الخمر على رعاياها مسيحيين ويهوديين ومسلمين فأولى بالدول الإسلامية أن تحرم الخمر على رعاياها أيا كانت دياناتهم ومذاهبهم

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١١٣
(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٢

المبحث الأول

فى

أركان الجريمة

لجريمة الشرب ركنان . الأول • الشرب . الثانى القصد الجنائى

الركن الأول

الشرب

٥٨٢ — يتوفر هذا الركن عند مالك والشافعى وأحمد كلما شرب الجانى شيئاً مسكراً ولا عبرة باسم المشروب ولا بالمادة التى استخرج منها فيستوى أن يكون المشروب مستخرجاً من العنب أو البلح أو القمح أو الشعير أو القصب أو التفاح أو أى مادة أخرى ، كذلك لا عبرة بقوة الإسكار فى المشروب فما أسكر كثيره فقليله حرام ولو كان لا يؤدى فعلا للإسكار فإذا كان المشروب لا يسكر منه الإنسان عادة إلا إذا شرب عشرة أقداح أو أكثر ، فالقدح الواحد محرم ولو أنه لا يسكر فعلا وبعض القدح محرم كذلك فيتوفر ركن الشرب بشرب القليل أو الكثير ما دام الكثير من المشروب يؤدى إلى الإسكار فإذا كان الكثير من الشراب لا يؤدى للسكر فهو غير محرم[1]

ولا يتوفر ركن الشرب عند أبى حنيفة إلا إذا كان المشروب خمراً وقد علمنا فيما سبق معنى الخمر عنده فإن لم يكن المشروب خمراً لم يتوفر ركن الشرب ولو كان الشرب مسكراً ولو أدى للسكر فعلا[2]

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١١٢ ــ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٨ ــ المغنى ج ١ ٣٢٨

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٢ ، ١١٨ ــ شرح فتح القدير جـ ٤ صـ ١٨١ وما بعدها

ومن المتفق عليه أنه لايشترط لتوفر ركن الشرب أن يؤدى الشرب للسكر فيكفى لقيام الجريمة مجرد الشرب ولو كان من المستحيل أن تؤدى الكمية التى شربت للسكر لأن الشرب محرم لعينه[١] .

ولا عقاب إذا لم يكن المشروب مسكراً أصلا ولو شرب على أنه مسكر وإن كان الشارب يأثم فيما بينه وبين ربه

ويشترط أن تكون المادة المسكرة مشروبا فإن لم تكن كذلك فلا حد فيها وإنما فيها التعزير كالحشيش والداتورة[٢]

ويحد على الشرب ولو أن المادة المسكرة دخلت الفم أو الجوف على غير هيئة الشراب ، كخلط المسكر بالطعام أو عجنه به[٣]

وتعتبر المادة مسكرة ولو خلطت بماء ما دامت مميزاتها محفوظة من رائحة ولون وطعم وتأثير فإن خلطت بماء حتى زالت كل مميزاتها زوالا تاماً فلا يعتبر الخليط مسكراً وإنما هو ماء عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد[٤]

والراجح فى مذهب مالك تحريم المخلوط ولو استهلك فيه المسكر[٥]

ويكفى لاعتبار الجانى شارباً أن يصل المشروب إلى حلقه ومن باب أولى إلى جوفه فإن لم يصل المشروب إلى الحلق كأن تمضمض به ثم مجه فلا يعتبر شاربا[٦]

ويشترط المالكية والحنفية أن تصل الخمر إلى الجوف عن طريق الفم فإن وصلت من غير هذا الطريق كالأنف أو الشرج مثلا درىء الحد للشبهة على أن

---

(١) بدائع الصنائع حـ ٥ ص ١١٢ ـ شرح الزرقانى حـ ٨ ص ١١٣ ـ أسنى المطالب حـ ٤ ص ١٥٨ ـ المغنى حـ ١ ص ٣٢٨

(٢) أسنى المطالب حـ ٤ ص ١٥٩ ـ حاشية ابن عابدين حـ ٣ ص ٣٢٨ ، ٣٢٩ نهاية المحتاج حـ ٨ ص ١

(٣) أسنى المطالب حـ ٤ص ١٥٩ ـ المغنى ج ١٠ ص ٣٢٩ ـ شرح الزرقانى ج٨ص ١١٤

(٤) بدائع الصنائع حـ ٥ ص ١١٣ ـ أسنى المطالب ج ٤ص١٥٩ ـ الاقناع حـ٤ص٢٦٧

(٥) شرح الزرقانى حـ ٨ ص ١١٤ (٦) الاقناع حـ ٤ ص ٢٦٧ ـ المغنى حـ ١٠ ص ٣٣٢ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٣

درء الحد لا يمنع من التعزير[1] . وفى مذهب الشافعى ثلاثة آراء أحدها كرأى المالكية والثانى يحد ولو لم تصل الخمر للجوف من طريق الفم كما لو استعط أو احتقن والثالث يحد فى السعوط دون الحقنة[2]

وفى مذهب أحمد رأيان إن ما وصل عن طريق الحلق فيه الحد كالشرب والاستعاط ، وما وصل عن طريق الشرج فلا حد فيه والرأى الثانى يوجب الحد فى الحالين[3] .

ويعتبر شاربا من شرب الخمر أو المسكر لدفع العطش وهو يستطيع استعمال الماء ، ولكن من شرب مضطرا لدفع غصته لا حد عليه للاضطرار لقوله تعالى ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ وكذلك حكم من أكره على الشرب سواء كان الإكراه ماديا أو أدبيا لقول النبى عليه الصلاة والسلام « عفى لأمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، واختلف فيمن شرب لدفع عطش مهلك فمذهب أبى حنيفة وهو يتفق مع الرأى الراجح فى مذهب مالك والشافعى أن لا حد على الشارب[4]

أما أحمد فيفرق بين ما إذا شربها الشارب صرفاً أو ممزوجة بشىء يسير لا يروى من العطش ففى هذه الحالة على الشارب الحد ، أما إذا شربها ممزوجة بما يروى من العطش أبيح الشرب لدفع الضرورة[5]

وفى التداوى بالخمر خلاف ، فالرأى الراجح فى مذهب مالك والشافعى أن التداوى بالخمر فيه الحد إذا شربها المريض أما إذا استعملها لطلاء جسمه فلا حد لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تداوى بالخمر فلا شفاه الله »

---

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١١٢ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤

(٢) نهاية المحتاج جـ ٨ ص ١١

(٣) المغنى جـ ١٠ ص ٣٢٩

(٤) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١١٢ ، ١١٤ ـ حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٢٤ نهاية المحتاج جـ ٨ ص ١٢

(٥) الاقناع جـ ٤ ص ٢٦٧ ـ المغنى جـ ١٠ ص ٣٣٠

« إن الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها »[1] . ويرى أبو حنيفة إباحة الشرب للتداوي ، أما أحمد فيحرمه ويرى في الشرب للتداوي الحد[2].

السكر

٥٨٣ – لا وجود لحد السكر إلا إذا كان الشرب مباحاً والسكر هو المحرم كما هو الحال عند غير المسلمين أو كما يقول أبو حنيفة وأصحابه في غير الخمر ، فإن كان الشرب غير مباح فالحد حد الشرب لا حد السكر ولو أدى الشرب إلى السكر فعلا .

فالسكر إذاً درجة تأتي بعد الشرب وهي نتيجة له ولذلك يجب أن تتوفر في جريمة السكر أركان جريمة الشرب وأن تؤدي الشرب بعد ذلك إلى السكر ، فإن لم تؤد السكر فلا حد على الشرب ولا على السكر ولو قصد الجاني أن يشرب ليسكر .

ويحد الجاني على السكر إذا شرب المادة المسكرة وهو عالم بأن كثيرها مسكر ولو شرب منها قليلا مادام أن الشرب قد أدى فعلا للسكر ، ويحد كذلك ولو لم يقصد من الشرب السكر مادام قد سكر وذلك أخذا بقصده الاحتمالي إذ كان عليه أن يتوقع أن الشرب ربما أدى للسكر[3] واختلف في بيان السكر المستوجب للحد فرأى أبو حنيفة أن السكران هو من فقد عقله فلم يعد يعقل قليلا ولا كثيراً ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة[4].

ويرى أبو يوسف ومحمد أن السكران هو الذي يغلب على كلامه الهذيان وحجتهما قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾[5] فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران ورأيهما يتفق مع رأي بقية الأئمة[6].

(١) شرح الزرقاني جـ ٨ ص ١١٤ – نهاية المحتاج جـ ٨ ص ١٢ – أسنى المطالب ص ١٩٥
(٢) المغني جـ ١٠ ص ٣٣ (٣) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٨٣
(٤) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١١٨
(٥) النساء ٣٤ (٦) المغني جـ ١٠ ص ٣٣٥

الركن الثانى

القصد الجنائى

٥٨٤ — يتوفر القصد الجنائى عند الفاعل كلما أقدم على الشرب عالماً أنه شرب خمراً أو مسكراً فإن شرب المادة المسكرة وهو لا يعلم أن كثيرها مسكر فلا حد عليه ولو سكر فعلا. كذلك لا حد إذا شرب مادة مسكرة وهو يظنها مادة أخرى لا تسكر ولا عقاب على الفاعل فى هذه الحالة ولو تبين أن الشرب كان نتيجة لخطأ جسيم أو لعدم الاحتياط لأن الجريمة عمدية فيشترط فيها تعمد الفعل

ويعتبر القصد الجنائى غير متوفر إذا كان الجانى يجهل تحريم الشرب ، ولو كان يعلم أن المشروب مسكر ولكن لا يقبل الجهل ممن نشأ فى بلاد المسلمين لأن نشأته بينهم تجعل العلم بالتحريم مفروضاً فيه ، أما من نشأ فى بلاد غير إسلامية فيقبل منه الادعاء بالجهل إذا ثبت أنه يجهل حقيقة تحريم الشرب، ويرى مالك جواز الاحتجاج بجهل العقوبة [1].

ويقبل الادعاء بجهل التحريم لكن لايقبل منه الادعاء بجهل العقوبة [2]

عقوبة الشرب

٥٨٥ — يعاقب على الشرب بالجلد ثمانين جلدة عند مالك وأبى حنيفة وهو رواية عن أحمد ويرى الشافعى وقوله رواية أخرى عن أحمد أن الحد أربعون جلدة فقط ولكن لا بأس عنده من ضرب المحدود ثمانين جلدة إذا رأى الإمام ذلك فيكون الحد أربعين وما زاد عليه تعزير ، ويعاقب على السكر عند أبى حنيفة بنفس عقوبة الشرب ، فالحد عنده مقرر للسكر والشرب معاً

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٣

(٢) بدائع الصنائع ج٧ص ٤٠ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٣ ـ نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٠ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٣ ـ المغنى ج ١٠ ص ٣٣١ ـ الاقناع ج ٤ ص ٢٦٢

وسبب اختلاف الفقهاء فى مقدار الحد أن القرآن لم يحدد العقوبة وأن الروايات لا تقطع بإجماع الصحابة على رأى فى حد الخمر ، فالقرآن وإن كان قد حرم الخمر كما أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يعين للخمر حداً فكان يضرب فيها القليل والكثير ولكنه لم يزد عن أربعين وجاء أبو بكر وضرب فى الخمر أربعين وروى عن أبى بكر أنه سأل أصحاب الرسول كم بلغ ضربه لشرب الخمر فقدروه بأربعين وروى عن أبى سعيد الخدرى وعن على أن النبى صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر أربعين فلما جاء زمن عمر رضى الله عنه تغير أمر الناس على شرب الخمر فاستشار عمر الصحابة فى حد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف ، اجعله كأخف الحدود ثمانين فضرب عمر ثمانين وكتب به إلى خالد وأبى عبيدة بالشام ، وروى أن عليا رضى الله عنه قال : فى المشورة نرى أن تجلده ثمانين فإنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون . وقد روى عن معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشى أنه قال شهدت عثمان رضى الله عنه وقد أتى بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد أنه رآه يشرب الخمر وشهد الآخر أنه رآه يتقيؤها فقال عثمان إنه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلى أقم عليه الحد فقال على لعبد الله بن جعفر أقم عليه الحد فأخذ السوط وجلده ، وعلى يعد إلى أن بلغ أربعين قال حسبك جلد النبى صلى الله عليه وسلم أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إلى

كذلك روى عن على رضى الله عنه أنه قال ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت فأجد فى نفسى منه شيئاً إلا صاحب الخمر ولو مات وديته لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يسنه لنا

فمن رأى من الفقهاء أن حد الخمر ثمانون اعتبر أن الصحابة أجمعوا على هذا والإجماع مصدر من المصادر التشريعية ومن رأى أن الحد أربعون احتج بما فعله على من جلد الوليد بن عقبة أربعين جلدة وقوله جلد النبى أربعين وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إلى ويرى أصحاب هذا الرأى

أن فعل النبي صلى الله عليه وسلم حجة لايجوز تركه بفعل غيره وأن الإجماع لا ينعقد على ما يخالف فعل النبي وأبي بكر وعلي ويحملون الزيادة من عمر على أنها تعزير يجوز إذا رآه الإمام(١)

والأصل في الحدود أنها لاتقبل عفواً ولا صلحاً ولا إسقاطاً إذا كانت من حقوق الله الخالصة ، ولما كان حد الشرب من حقوق الله الخالصة فليس للأفراد أو الجماعة إسقاطه أو العفو عنه ، على أننا إذا اعتبرنا رأي الشافعي في أن الحد أربعون جلدة فقط وأن مازاد على ذلك تعزير فإنه يجوز لولي الأمر أن يعفو من العقوبة المعتبرة تعزيراً كلها أو بعضها لأن الشريعة تجعل لولي الأمر أن يعفو عن الجريمة عن العقوبة في جرائم التعزير. أما الجزء المعتبر حداً فلا يمكن إسقاطه ولا العفو عنه

ومن المتفق عليه أن العقوبة لاتنفذ على السكران حتى يفيق لأن العقوبة جعلت للتأديب والزجر والسكران لايشعر تماماً بما يحدث له(٢)

ويرى البعض أنه إذا جلد قبل الإفاقة أجزأ واعتد به ويرى البعض أن يعاد الحد ولا يقيد بالتنفيذ الحادث وقت السكر ، ويفرق البعض بين ما إذا كان عنده ميز أم لا ، فإن كان عنده ميز وقت الجلد اعتد بالجلد ولو كان قبل صحوه وأما إن كان طافحاً أعيد عليه الحد وإن لم يحس في أوله وأحس في أثنائه حسب له من أول إحساسه بالضرب(٣).

٥٨٦ — التداخل: إذا تعددت جرائم الشرب والسكر قبل تنفيذ الحكم في إحداها تداخلت عقوبات هذه الجرائم سواء حكم بها أو لم يحكم بها مادامت

(١) المغني جـ ١٠ ص ٣٢٩ — شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٨٥ — أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٦٠ — شرح الزرقاني جـ ٨ ص ١١٣

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٨ — شرح الزرقاني جـ ٨ ص ١١٣ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٠ — المغني ج ١٠ ص ٣٣٥

(٣) شرح الزرقاني جـ ٨ ص ١١٣ — أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٦٠

كلها قد وقعت قبل تنفيذ إحدى العقوبات واكتفى فيها بتنفيذ عقوبة واحدة وإذا وقعت جريمة أخرى بعد تنفيذ العقوبة وجبت لها عقوبة خاصة .

والتداخل يكون من ثلاثة وجوه : أولا : ـ تتداخل عقوبات الشرب كما تتداخل عقوبات السكر المتعدد إلى الوقت الذى تنفذ فيه إحداها . ثانياً تتداخل عقوبة السكر مع عقوبة الشرب ، فلو سكر ذمى ثم أسلم قبل تنفيذ العقوبة وشرب تداخل حد السكر مع حد الشرب وكذلك الحال عند الحنفية فإن حد السكر تتداخل مع حد الشرب فلو سكر شخص ثم شرب قبل تنفيذ عقوبة السكر اكتفى بتنفيذ عقوبة واحدة ثالثاً يتداخل حد الشرب مع حد القتل سواء كان القتل من حدود الله أو حقاً لآدمى كما لو شرب وزنا وهو محصن أو شرب وقتل شخصاً فلا تنفذ إلا عقوبة القتل التى تجب عقوبة الشرب لأن كل عقوبة يقصد بها التأديب والزجر ولا حاجة مع القتل للزجر ولا فائدة فى تنفيذ مادون القتل ، وإذا انعدمت الفائدة التى شرع الحد من أجلها أصبح تنفيذه غير مشروع وهذا هو رأى مالك وأبى حنيفة وأحمد[1]

أما الشافعى فيرى أن عقوبة القتل لاتجب مادونها ويجب تنفيذ العقوبات كلها فمثلا إذا شرب شخص وسرق وزنا وهو محصن حد للشرب وقطع للسرقة ثم قتل بعد ذلك[2]

ولاتتداخل حد الشرب عند أبى حنيفة وأحمد مع أى عقوبة أخرى إلا مع عقوبة القتل ولكن مالكاً يرى أن حدالشرب يتداخل مع القذف لأن موجبها واحد والقاعدة عنده تتداخل الحدود كلما اتحدت موجباتها[3]

٥٨٧ — *كيفية تنفيذ الجلد* ـ ينفذ الحد على الوجه الذى سبق ذكره فى تنفيذ الجلد فى الزنا ويرى البعض أن المحدود فى الخمر لايجرد من ملابسه لأن

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٩ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ ـ المغنى ج ١٠ ص٣٢١ وما بعدها

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص١٥٧ (٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨

حد الخمر من أخف الحدود فوجب إبقاء ملابسه عليه إظهارا التخفيف ولكن الرأى الراجح هو أن لا فرق فى التجريد بين حد الخمر وغيره وأن الشارع أظهر التخفيف فى نقصان عدد الجلدات[1]

ويرى البعض أنه إذا اجتمعت حدود لله من أجناس مختلفة أخر حد الشرب عنها جميعا لأنه ثابت بما لا يتلى[2] وهو رأى أبى حنيفة ولكن البعض يرى تقديم حد الشرب على غيره على أنه إذا تأخر فليس للتأخير أثر ما ووقع للوقع[3] وهذا هو رأى الشافعى وأحمد لأنهما يريان تقديم الأخف على الخفيف أما مالك فيستوى عنده أن يقدم الأخف أو الأشد ولولى الأمر أن يبدأ بأيهما أراد[4].

المبحث الثانى

الأدلة على الشرب

٥٨٨ ـ أولا شهادة الشهود: يثبت الشرب والسكر بشهادة الشهود ويشترط أن لا يقل عدد الشهود عن رجلين تتوفر فيهما شروط الشهادة التى سبق ذكرها بمناسبة الكلام عن الزنا

ويشترط أبو حنيفه وأبو يوسف أن تكون الرائحة قائمة وقت الشهادة أى رائحة الخمر أو السكر ، فالشهادة عندهما مقيدة بوجود الرائحة ولا يشترط أن توجد الرائحه فعلا وقت التحقيق ويكفى أن يشهد بها الشاهدان فيجوز أن يشهد الشاهدان بالشرب أو السكر فيشم المحقق رائحة الخمر أو السكر ويجوز أن يشهد الشهود على الشرب أو على السكر وعلى وجود الرائحة وقت أخذ الجانى أما محمد فلا يشترط وجود الرائحة مع الشهادة بالشرب أو السكر ، وحجة أبى

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٨٦
(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٠٩
(٣) الاقناع جـ ٤ ص ٢٤٨ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٧
(٤) المدونة جـ ١٦ ص ٤٨

حنيفة وأبي يوسف أن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة وأن ابن مسعود كان يشترط وجود الرائحة ولا إجماع إلا برأيه[1].

ويشترط أبو حنيفة وأصحابه لقبول الشهادة عدم التقادم أي مضي زمن على وقوع الجريمة وقد تكلمنا عن التقادم عن الكلام على الزنا ولكن أبا حنيفة وأبا يوسف يجعلان مدة التقادم في الشرب والسكر مقدرة بزوال الرائحة فإذا سكت الشهود عن الحادث حتى زالت الرائحة ، فقد تقادمت الشهادة وامتنع قبولها .

ولكن محمدا يقدر مدة التقادم بشهر[2] « على أنه من المسلم به لدى الجميع أنه لا تقادم إذا أخذ الشهود الجاني وريحها توجد فيه أو سكران من غيرها وريح ذلك الشراب يوجد منه وذهبوا به إلى الإمام في مكان بعيد فانقطع الريح قبل أن ينتهوا به لأن التأخير ليس أساسه سكوت الشهود على الجريمة وإنما يرجع لبعد المسافة فلا تهمة في هذا التأخير ومما نؤثر في ذلك أن قوماً شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمل إلى المدينة وأقام عليه الحد ولا شك أن الرائحة كانت قد زالت عندما وصل الشهود إلى المدينة ولكن التقادم لم يعتبر لأن التأخر كان بعذر وهو بعد المسافة عن الإمام[3]

ولا يسلم بقية الأئمة بنظرية أبي حنيفة في عدم قبول الشهادة بالتقادم وإن كان هناك رأي لأحمد يتفق مع رأي أبي حنيفة ولكنه غير معمول به في المذهب وقد سبق أن بينا ذلك عند الكلام على الزنا

٥٨٩ - ثانياً الإقرار . - تثبت الجريمة بإقرار الجاني ويكفي في الإقرار مرة واحدة في المذاهب الأربعة وإن كان أبو يوسف يرى أن كل إقرار يسقط بالرجوع فعدد الإقرار فيه كعدد الشهود[4] . ويسري على

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٨ وما بعدها
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٤ ، ١٦٥
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨١ (٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠

الإقرار هنا مايسرى على الإقرار فى الزنا . وإذا أقر الجانى وهو سكران فحكم إقراره (يراجع ما كتب فى القتل عن إقرار السكران) .

ويشترط أبو حنيفة وأبو يوسف أن لايكون الإقرار قد تقادم ، فإذا كان قد تقادم لم يقبل من المقر ، وحد التقادم عندهما هو ذهاب الرائحة ، فمن أقر بشرب الخمر أو السكر بعد ذهاب الرائحة لم يقبل إقراره ولكن محمداً لا يرى بطلان الإقرار بالتقادم لأن عدم القبول للتقادم سببه التهمة والإنسان لايتهم على نفسه فإذا أقر أحد بإقراره مهما مضى على الحادث[1]

٥٩٠ - الرائحة : يرى مالك أن الرائحة وحدها تعتبر دليلا على الشرب ولو لم تشهد أحد برؤية الجانى وهو يشرب ، فإن شهد شخصان بقيام الرائحة فى فم الشارب أو شهد أحدهما برؤيته يشرب وشهد الثانى بأنه شم من فيه رائحة الخمر فعلى الجانى الحد وهذا الرأى رواية عن أحمد . ولكن أبا حنيفة والشافعى ورأيهما الرواية الراجحة لأحمد يريان أن الرائحة لاتعتبر وحدها دليلا على الشرب ، ويرى أبو حنيفة كما قدمنا أن الرائحة يجب أن يثبت وجودها مع الشهادة بالشرب وهو يخالف فى هذا الشافعى وأحمد والقائلون بالحد بالرائحة يحتجون بأن ابن مسعود جلد رجلا وجد فيه رائحة الخمر وبما روى عن عمر أنه قال إنى وجدت من عبيد الله ريح شراب فأقر أنه شرب الطلا فقال عمر إنى سائل عنه فإن كان مسكراً جلدته ويحتجون بأن الرائحة تدل على الشرب فجرى مجرى الإقرار أما الذين لايقبلون الرائحة دليلا فيرون أن الرائحة يجوز أن تكون من غير الشرب فيحتمل أنه تمضمض بها أو حسبها ماء فلما صارت وفيه مجها أو أكل نبقا أو شرب شراب التفاح فإنه يكون منه كرائحة الخمر وإذا احتمل ذلك لم يجب الحد لأن الحد يدرأ بالشبهات[2]

٥٩١ - السكر : يعتبر أبو حنيفة وجود الشخص فى حالة سكر دليلا

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٨٠ ، ١٨١

(٢) المغنى جـ ١٠ ص ٣٣٢ - شرح الزرقانى ص ١١٣ - نهاية المحتاج جـ ٨ ص ١٤ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٨٤

على أنه سكر من غير الخمر فإذا شهد اثنان على شخص بأنهما وجداه فى حالة سكر ووجدت فيه رائحة المسكر عند هذا الشخص أو شهد الشاهدان بأنهما اشتما رائحة المسكر وجب عليه حد السكر (١) . ولا يرى الشافعى فى السكر دليلا على الشرب لاحتمال أنه احتقن أو استعط أو أنه شربها لعذر من غلط أو إكراه (٢) ورأى الشافعى رواية فى مذهب أحمد (٣)

وإذا كان مالك يرى الحد لمجرد الرائحة كما يراه أحمد فى أحد رأييه فإن الحد يجب عندهما لوجود الشخص فى حالة سكر من باب أولى لأن السكر لا يكون إلا بعد الشرب (٤)

٥٩٢ - القيء : لا يعتبر القيء وحده دليلا عند أبى حنيفة لكن إذا ثبت من القيء وجود رائحة الخمر وكان الجانى قد أخذ فى حالة سكر أو شهد عليه شاهدان بالشرب فإن الجريمة تثبت عليه لأن أبا حنيفة كما ذكرنا يشترط مع الشرب ومع السكر الرائحة (٥)

أما الشافعى فلا يرى القيء دليلا على الشرب للسبق ذكره وهذا رأى لأحمد

أما مالك وهو يوجب الحد بالرائحة كما يوجبه أحمد فى أحد رأييه فيجب أن يكون القيء عندهما دليلا تثبت به الحد من باب أولى لأنه لا يتقيأ إلا بعد الشرب

ومن يثبت الحد بالقيء يحتج بما حدث فى محاكمة قدامة والوليد بن عقبة فقد شهد علقمة الخصى على قدامة فقال أشهد أنى رأيته يتقيؤها فقال عمر من قاءها فقد شربها وضربه الحد

أما ما حدث فى محاكمة الوليد بن عقبة فقد شهد عليه رجلان فشهد أحدهما أنه رآه يشربها ، وشهد آخر أنه رآه يتقيؤها فقال عثمان إنه لم يتقيأها حتى شربها وكان ذلك كله بمحضر من الصحابة فلم ينكره أحد فكان إجماعاً (٦) أما من

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٧٨ وما بعدها
(٢) نهاية المحتاج جـ ٨ ص ١٤ (٣) المغنى جـ ١٠ ص ٣٣٢
(٤) المغنى جـ ١٠ ص ٣٣٢ (٥) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٧٨ ، ١٨٤
(٦) المغنى جـ ١٠ ص ٣٣٢

لا يرى القيء دليلا على الشرب فيرى أن هـذا من عمر وعثمان اجتهاد وليس فيه إجماع [1]

٥٩٣ ـ هل يقضي القاضي بعلمه ؟ . وليس للقاضي أن يقضي بعلمـه في الشرب والسكر ولو عاين الحادث بنفسه أو أقر له به الجاني مادام ذلك في غير مجلس القضاء

٥٩٤ ـ امتناع التنفيذ يمتنـع التنفيذ كلما سقطت العقوبة ، وهي تسقط بما يأتي :

١ ــ الرجوع عن الإقرار إذا لم يكن دليل إلا هو

٢ ــ رجوع الشهود عن شهادتهم إذا لم يكن دليل إلا الشهادة .

٣ ــ بطلان أهلية الشهود للشهادة بعد الحـكم وقبل التنفيذ وهو شرط أبي حنيفة خاصة .

* * *

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٤

الكتاب الرابع

قة

٥٩٥ – أنواع السرقة . – السرقة في الشريعة الإسلامية نوعان : (١) سرقة عقوبتها حد (٢) سرقة عقوبتها التعزير . والسرقة المعاقب عليها بالحد نوعان : – أ – سرقة صغرى ، ب – سرقة كبرى . فأما السرقة الصغرى فهي أخذ مال الغير خفية أي على سبيل الاستخفاء [1] . أما السرقة الكبرى فهي أخذ مال الغير على سبيل المغالبة وتسمى السرقة الكبرى حرابة وسنفصل القول فيها فيما بعد ، والفرق بين السرقة الصغرى والسرقة الكبرى هو أن السرقة الصغرى يؤخذ فيها المال دون علم المجني عليه ودون رضاه ولا بد لوجود السرقة الصغرى من توفر هذين الشرطين معاً فإن لم يتوفر أحدهما فلا يعتبر الفعل سرقة صغرى ، فمن سرق من دار متاعاً على مشهد من صاحب الدار دون استعمال القوة والمغالبة لا يعتبر فعله سرقة صغرى وإنما يعتبر فعله اختلاساً ومن خطف مالا من آخر لا يعتبر فعله سرقة صغرى وإنما يعتبر فعله خطفاً أو نهباً ، والاختلاس والغصب والنهب كلها صور من صور السرقة ولكن لا حد فيها ، ومن أخذ متاعاً من دار برضاء صاحبها وفي غير حضوره لا يعتبر سارقاً أما السرقة الكبرى فيؤخذ فيها المال بعلم المجني عليه

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٥ – بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٩ – الروض المربع ج ٤ ص ٢٢٨ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٨ أسنى المطالب ج ١٤ ص ١٣٧ – المغني ج ١٠ ص ٢٣٩ – كشاف القناع ج ٤ ص ٧٧ المحلى ج ١١ ص ٣٢٧ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥

ولكن بغير رضاه وعلى سبيل المغالبة فإن لم تكن مغالبة فالفعل اختلاس أو غصب أو نهب مادام الرضاء غير متوفر

٥٩٦ - السرقة المعاقب عليها بالتعزير - هي نوعان - أولهما يدخل فيه كل سرقة ذات حد لم تتوفر شروط الحد فيها أو درىء فيها الحد للشبهة كأخذ مال الابن وأخذ المال المشترك ويستوى أن تكون السرقة فى الأصل صغرى أو كبرى وثانيهما هو أخذ مال الغير دون استخفاء أى بعلم المجنى عليه وبدون رضاه وبغير مغالبة ويدخل تحت هذا النوع الاختلاس والغصب والنهب مثل أن يأخذ السارق ملابس آخر خلعها ووضعها بجواره ثم يهرب بها على مرأى من المجنى عليه ، ومثل أن يخطف شخص من آخر ورقة مالية كان يمسكها بين أصابعه وهذا النوع من السرقة لاحد فيه أى لاقطع فيه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لاقطع على خائن ولا منتهب ولا خائن » ولا تخرج السرقات فى الشريعة الإسلامية عن هذه الأنواع الأربعة ويطلق الفقهاء عادة لفظ السرقة دون تمييز على السرقة الصغرى وإذا تكلموا عن السرقة وأحكامها فإنما يقصدون السرقة الصغرى بينما يسمون السرقة الكبرى الحرابة أو قطع الطريق ، أما ما عدا ذلك من نهب وغصب واختلاس فيطلقون عليه لفظ الاختلاس بصفة عامة

والسبب الذى دعا الفقهاء إلى إطلاق لفظ السرقة على السرقة الصغرى دون تمييز أن عقوبتها قطع اليد وأن أكثر السرقات تقع على سبيل الاستخفاء أى تقع سرقة صغرى والقاعدة العامة التى يسير عليها الفقهاء أنهم يعنون عناية تامة بالجرائم المعاقب عليها بحد أو قصاص فيبينون أركانها وشروطها ويفصلون أحكامها ولا يتركون صغيرة ولا كبيرة إلا بينوا حكمها أما الجرائم المعاقب عليها بالتعزير فلا يعنون بها تلك العناية ولا يتعرضون إلا للمهم منها ، ومايتعرضون له يكتفون ببيان أحكامه مجملة وإن كانوا قد عنوا بالتعازير عامة فيما يختص بأنواع العقوبات وحد كل عقوبة وسلطة القاضى وولى الأمر ولعل عذر الفقهاء فى أخذهم بهذه الطريقة أن أكثر جرائم التعزير متروك لأولى الأمر تحديد الأفعال المكونة لها

والعقوبات التى تقع على مرتكبيها وأن هذه الجرائم يختلف النظر إليها باختلاف البلدان ونوع الحكومات فكان من المعقول أن لا يهتم بتفصيل أحكام الجرائم التعزيرية كما تفصل أحكام الجرائم الثابتة وهى جرائم الحدود والقصاص خصوصا وأن فكرة تجميع الأحكام الشرعية والأفعال المحرمة فى مجاميع تنشر على الناس لم تكن ظهرت بعد

ويجب أن نلاحظ أن الفقهاء حين يتكلمون على السرقة المصرى يتناول كلامهم بالضرورة السرقة المعاقب عليها بالتعزير بنوعيها إذ النوع الأول ليس إلا سرقة فيها الحد، تخلف فيها شرط من شروط الحد ولأن النوع الثانى وهو ما نطلق عليه الاختلاس لا يختلف عن السرقة المصرى إلا فى بعض الشروط التى يجب توفرها فى السرقة دون الاختلاس فكان الكلام على السرقة شاملا للاختلاس فكل سرقة صغرى إذا انتفت بعض شروطها تصبح اختلاساً

ويمكننا أن نحصر أوجه الخلاف بين السرقة الصغرى والاختلاس فيما يأتى:

١ — عقوبة السرقة القطع وعقوبة الاختلاس التعزير

٢ — الركن المادى فى السرقة الأخذ على سبيل الاستخفاء، وفى الاختلاس الأخذ دون استخفاء

٣ — يشترط فى السرقة أن يكون المسروق فى حرز ولا يشترط ذلك فى الاختلاس

٤ — يشترط فى السرقة أن يبلغ المسروق نصاباً معيناً ولا يشترط ذلك فى الاختلاس

ونستطيع بعد معرفة الفرق بين السرقة والاختلاس أن نقول بأن أحكام الاختلاس فى الشريعة تكاد تكون نفس أحكام القانون المصرى فى السرقات المعتبرة جنحاً وإذا كان ثمة فرق بين الشريعة والقانون فى بعض الحالات كما فى حالة اعتبار القانون الاختلاس الحاصل من متعهد النقل سرقة وعدم اعتباره خيانة أمانة كما هو الحال فى الشريعة فإن القانون يجب اتباعه فى هذه الحالة لأن الجريمة من الجرائم التعزيرية وهى محرمة اعتبرت فى تكييفها سرقة أو خيانة أمانة ولولى

الأمر سلطه كبرى فى تحديد عقوبات الجرائم التعزيرية فإذا عاقب عليها بعقوبة السرقة فإن أمره يجب أن يطاع

وإذا قارنا الشريعة الإسلامية بالقانون المصرى فيما يختص بالسرقات وجدنا أن الشريعة تعاقب على نفس الأفعال التى يعاقب عليها القانون باعتبارها سرقة، فالشريعة تعاقب على أخذ المال خفية (السرقة الصغرى) وعلى أخذه مغالبة أى بإكراه وتهديد فى الطرق العامة وغيرها (السرقة الكبرى أو الحرابة) وعلى أخذه بغير استخفاء وبغير مغالبة (الاختلاس) وكذلك القانون يعاقب على اختلاس المال سواء كان الاختلاس بعلم المجنى عليه أو بغير علمه، أى سواء أخذ خفية أو غير خفية، مادام ذلك دون رضاه وبغير إكراه وبعتبر القانون الأفعال التى من هذا النوع جنحاً، كذلك يعاقب القانون على الاختلاس مغالبة أى بإكراه أو تهديد فى الطرق العمومية وغيرها وتعتبر الأفعال التى من هذا النوع جنايات

ولقد كانت القوانين الوضعية تعاقب حتى الثورة الفرنسية على اختلاس منفعـــة الشىء وعلى اختلاس حق حيازته، على اعتبار أن اختلاس المنفعة واختلاس الحيازة سرقة كذلك كانت هذه القوانين تخلط بين السرقة والتهديد والغصب وتعتبرها جميعاً سرقة متأثرة فى ذلك بأحكام القانون الرومانى الذى أخذت عنه، أما الشريعة الإسلامية فإنها على قدمها وقد وجدت من أكثر من ثلاثة عشر قرناً لم تخلط بين سرقة الشىء والانتفاع به أو استرداد حيازته ولم تخلط بين السرقة وبين الجرائم الأخرى الواقعة على الأموال كالغصب والتهديد وسنرى عندما نستعرض الأفعال المكونة لجريمة السرقة على وجه التفصيل أنها لاتختلف شيئاً عما وصلت إليه أرقى القوانين الوضعية الحديثة، ولست أريد من هذا أن أبين للناس مدى دقة فقه الشريعة وصفاته وإنما أريد أن أبين للناس أن القانون الوضعى حين يتطور مرة بعد مرة إنما يسير فى أثر الشريعة ويأخذ بمبادئها وحين يقال إنه وصل إلى الكمال يكون قد أوشك أن

سلم فقط ببعض ما بلغته الشريعة وأن اليوم الذى تأخذ فيه القوانين الوضعية عن الشريعة قد أصبح قريباً جداً وأقرب مما يظن أكثر الناس .

المبحث الأول

في أركان السرقة

٥٩٧ - عرفنا السرقة فيما سبق بأنها أخذ مال الغير خفية وظاهر من هذا التعريف أن أركان السرقة أربعة (١) - الأخذ خفية . (٢) - أن يكون المأخوذ مالا (٣) - أن يكون المال مملوكا للغير (٤) - القصد الجنائى

الركن الأول

الأخـــذ خفية

٥٩٨ - معنى الأخذ خفية هو أن يؤخذ الشيء دون علم المجنى عليه ودون رضاه كمن يسرق أمتعة شخص من داره فى غيبته أو أثناء نومه أو من يسرق حاصلات من حرز فى غيبة صاحبها أو أثناء نومه ، فإن كان الأخذ فى حضور المجنى عليه ودون مغالبة فالفعل اختلاس لاسرقة ، وإن كان الأخذ دون علم المجنى عليه ولكن برضاه فالفعل لايعتبر جريمة

ويجب فى الأخذ أن يكون تاماً فلا يكفى لتكوين الجريمة أن تصل يد الجانى للشيء المسروق بل لابد أن يكون الأخذ بحيث تتوفر فيه ثلاثة شروط

أولها أن يخرج السارق الشيء المسروق من حرزه المعد لحفظه ، ثانيها أن يخرج الشيء المسروق فى حيازة المجنى عليه ، ثالثها أن يدخل الشيء المسروق فى حيازة السارق ، فإذا لم يتوفر أحد هذه الشروط اعتبر الأخذ غير تام ، وكانت عقوبته التعزير لاالقطع فمن تسور داراً ليسرق منها فضبط قبل أن يصل إلى شيء مما فى الدار أو ضبط وهو يجمع المتاع ، ومن دخل زريبة ليسرق

منها دابة فهلك فيدها أو اعتلى ظهرها ثم ضبط قبل أن يخرج بها ، ومن دخل حرزا ليسرق منه قمحاً فى غرارة مثلا فضبط وهو يملأ الغرارة أو ضبط بعد ملئها وهو يحاول أن يحملها أو ضبط بعد أن حملها وقبل أن يخرج بها من الحرز فكل هؤلاء لا يعتبر أحدهم آخذاً حكماً لأن ما أتاه من الأفعال لم يخرج الشىء المراد سرقته من حرزه أى المحل المعد لحفظه ومادام المال لم يخرج من حرزه فهو لم يخرج من حيازة المجنى عليه ولم يدخل فى حيازة الجانى(١)

ويترتب على اشتراط الأخذ التام أن لا يقطع فى سرقة لم تتم فكل ما نسميه اليوم شروعاً فى سرقة يعاقب عليه بالتعزير ولا يعاقب عليه بالقطع .

ولكن أصحاب المذهب الظاهرى يوجبون القطع فى الشروع كلما وضع السارق يده على الشىء المسروق ولو لم يخرج به من حرزه ، فمن أخذ وهو يجمع المتاع من منزل المجنى عليه وقبل أن يحمله ويخرج به أو أخذ وهو يحمله وقبل أن يخرج به قطع مادام قد بدأ فعل السرقة لأن ما وقع منه يجعله سارقاً ولأن الظاهريين لا يشترطون الحرز فى السرقة ولهذا فهم يعتبرون الأخذ تاماً بمجرد تناول الشىء المسروق بقصد سرقته ولو لم يخرج الشىء من حيازة المجنى عليه ويدخل فى حيازة الجانى حيازة فعلية ونهائية(٢) وإن كانوا يفرقون بين السرقة والاختلاس ويرون القطع فى السرقة دون الاختلاس

وعبارة الأخذ حكماً فى الشريعة يقابلها لفظ الاختلاس فى القوانين الوضعية ، ويشترط ليكون الاختلاس تاماً فى القانونين المصرى والفرنسى أن يخرج الشىء من حيازة المجنى عليه وأن يدخل فى حيازة الجانى ، ومعنى هذا أن الشريعة

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٤٩ ، ٢٥٩ - المهذب ج ٢ ص ٢٩٥ ، ٢٩٧ - كشاف القناع ج ٤ ص ٧٩ - نهاية المحتاج - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ ، ١٤١ وما بعدها شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٨ - المدونة ج ١٦ ص ٧٢ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٧

(٢) المحلى ص ٣١٩ ، ٣٣٧

تشترط زيادة على ما تشترطه القوانين الوضعية أن يخرج السارق الشيء المسروق من حرزه، وهذه الزيادة شرط لابد من توفره في كل سرقة معاقب عليهـا بالقطع عند أصحاب المذاهب الأربعة والشيعة الزيدية، أما الظاهريون فـلا يشترطون الإخراج من الحرز كما قدمنا بل إنهم لايشترطون للقطع إخراج الشيء من حيازة المجني عليه وإدخاله في حيازة الجاني، ويكتفون بأن يتناول الجاني الشيء بقصد سرقته لاعتباره آخذاً له خفية ومستحقاً لعقوبة القطع

وتتفق المذاهب الأربعة والشيعة عدا مذهب الظاهريين، وتتفق الشريعة مع القانون المصري والفرنسي إذا كانت السرقة واقعة على مال غير محرز فهذه السرقة لاقطع فيها وعقوبتها ويكفي فيها لاعتبار الأخذ تاما أن يخرج الشيء المسروق من حيازة المجني عليه ويدخل في حيازة السارق، فمثلا إذا سرق الجاني دابة المجني عليه أثناء سيرها في الطريق دون حارس فإن مجرد ركوبه للدابة يعتبر أخذاً تاماً لها لأنه يدخلها في حيازة الجاني ويخرجها من حيازة المجني عليه

وتتفق الشريعة أيضاً مع القانون المصري والفرنسي إذا كان الفعل الحاصل من الجاني مما يعتبرى الشريعة اختلاساً فإن الاختلاس عقوبته التعزير لاالقطع، ويكفي في حالة الاختلاس لاعتبار الفعل تاماً أن يخرج الشيء المختلس من حيازة المجني عليه ويدخل في حيازة المختلس، فمن خالس المجني عليه وخطف من يده ورقة مالية أو أخذ ثوبه من جواره فإن الاختلاس يعتبر تاما بمجرد دخول الورقة المالية أو الثوب في حيازة المختلس ولو لم يبرح محل الاختلاس

وإخراج الشيء المسروق من حرزه يتبعه دائماً إخراج هذا الشيء من حيازة المجني عليه، فمن سرق من زريبة أو منزل أو دكان يعتبر أنه أخرج المسروق من حيازة المجني عليه بمجرد إخراج المسروقات من الزريبة أو المنزل أو الدكان، وكذلك من يسرق من جيب إنسان يعتبر أنه أخرج المسروقات من حيازة المجني عليه بمجرد إخراج المسروقات من الجيب لأن الجاني في هذه الأحوال جميعاً يزيل عن المسروقات يد المجني عليه

وإخراج الشيء المسروق من حيازة المجني عليه لايتوقف دائماً على خروج السارق به من الحرز ، فقد يخرج المسروق من حيازة المجني عليه مع بقاء الجاني في الحرز ومع عدم خروج المسروق من الحرز ومثال ذلك أن يبتلع السارق المسروقات في الحرز إذا كانت مما لايفسد بالابتلاع كجواهر أو نقود ابتلعها السارق داخل الحرز ففي هذه الحالات وأشباهها تدخل المسروقات في حيازة السارق وتخرج من حيازة المجني عليه قبل أن يخرج السارق من الحرز وقبل أن يعتبر الأخذ تاماً لأنه لايتم إلا بالخروج من الحرز[1]

أما إذا كان الشيء الذي ابتلع في الحرز مما يفسد بالابتلاع كاللبن أو الحلوى وما أشبه فالفعل لايعتبر سرقة في الشريعة وإنما هو إتلاف ، والقاعدة في الشريعة أن كل ما استهلك في محل الحادث فهو متلف لامسروق سواء استهلك بواسطة أكله أو شربه أو تمزيقه أو تحريقه إلى غير ذلك[2]

ويرى أبو حنيفة أن إخراج الشيء المسروق من حرزه ومن حيازة المجني عليه لايستتبعه حتماً دخوله في حيازة الجاني ومثل ذلك أن يأخذ السارق متاعاً ويلقي به إلى خارج المنزل ثم يخرج ليأخذه فيجد أن غيره عثر عليه وأخذه أو أن يسرق اللص دابة حتى يخرجها من الزريبة فإذا خرجت تلقاها لص آخر فأخذها ففي هاتين الحالتين وأمثالهما ويرى أبو حنيفة أن المسروق لم يدخل في حيازة السارق لأنه لايدخل في حيازة السارق إلا إذا خرج من حيازة المجني عليه ويد الآخر تظل قائمـــة على الشيء حتى يخرج من حرزه فبالإخراج تزول يد المالك[3]

فإذا أخرج اللص الشيء من الحرز زالت عنه يد المالك فإذا عثر عليه لص

(١) الأم ج ١ ص ٢١٦ - شرح الأزهـــار ج ٤ ص ٣٦٤ - المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ - كشاف القناع ج ٢ ص ٧٩ ، ٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٨

(٢) تراجع نفس المراجع السابقة

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١

آخر فأخذه فقد اعترضت يد اللص الآخر يد اللص الأول الذي أخرج المسروق ولم يدخل المسروق في حيازة السارق وإنما دخل في حيازة اللص الثاني ويسمي أبو حنيفة هذه النظرية بنظرية اليد المعترضة ويرتب عليها عدم قطع يد السارق ولو أنه أخرج المسروق من الحرز ويرى أن العقوبة هي التعزير[1]

وإذا ألقى السارق بالمسروق خارج الحرز ثم ضبط قبل أن يخرج ليأخذه فلا يعتبر أن المسروق دخل في حيازته لأن يده لم تكن ثابتة عليه وقت إخراجه ولو بقي الشيء في خارج الحرز لم يأخذه أحد حتى ضبط السارق[2] أما إذا رمى بالشيء خارج الحرز ثم خرج فأخذه فعليه القطع.

ولكن زفر يرى أن لا يقطع السارق في هذه الحالة وحجته أن الأخذ من الحرز لا يتم إلا بالإخراج منه، والرمي ليس بإخراج، والأخذ من الخارج ليس أخذا من الحرز، ورد عليه بأن المال بإلقائه في الخارج أصبح في حكم يد السارق وإن كانت يده غير ثابتة عليه فإذا خرج فأخذه فقد ثبتت يده عليه وأن الرمي ليس إلا الأخذ من الحرز[3] ولكن مالكا والشافعي وأحمد يرون أن المسروق يدخل في حيازة السارق حكما بمجرد خروجه من حيازة المجني عليه ولو لم يضع السارق يده عليه وضعا ماديا وإذن فاليد المعترضة لا يعتبر المسروق إلا بعد دخوله في حيازة السارق[4]

ومن ثم تتم شروط الأخذ خفية وعلى هذا مذهب الشيعة الزيدية[5] فهم يرون أنه يكفي لقطع السارق أن يخرج المسروق بأي وسيلة وأن يكون الإخراج بفعله حملا أو رميا أو جرا أو إكراها أو تدليسا سواء أخذه بعد إخراجه أو تركه أو أخذه غيره ويعتبر الأخذ تاما عندهم بالإخراج ولو رد الجاني المسروق لحرزه بعد إخراجه

---

(1) راجع نص المراجع (2) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥
(3) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥
(4) المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨، ١٤٧ – مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٨ – المغني ج ١٠ ص ٢٥٩ – المدونة ج ١٦ ص ٧١
(5) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٧

والأخذ خفية على نوعين فهو إما أن يكون أخذاً مباشراً وإما أن يكون أخذاً بالتسبب. فأما الأخذ المباشر فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الحرز بنفسه، أو أن يؤدى فعله مباشرة إلى إخراجه كأن يدخل الحرز فيحمل المسروق أو يلقى به إلى خارج الحرز، أو أن يدخل يده فى الحرز فيأخذ المسروق أو يلتقطه بمحجن أو أن يبطر جيباً فيسقط منه المال أو ينقب حرزاً فيه طعام أو حب فينثال منه إلى الخارج، إلا أن بعض الفقهاء يجعل لهذه القاعدة استثناءات سنتحدث عنها فيما بعد، وإذا حمل السارق المسروق إلى خارج الحرز أو ألقى بالمسروق إلى خارج الحرز أو أدى فعله المباشر إلى إخراج المسروق من الحرز فإن شروط الأخذ خفية تكون تامة ويقطع السارق بسرقته[1].

أما إذا ضبط قبل أن يخرج المسروق من الحرز أو قبل أن يؤدى فعله إلى إخراجه فلا قطع عليه إلا فى رأى الظاهريين وحدهم لأنهم يعتبرون السرقة تامة بمجرد تناول الجانى للشيء المسروق ولأنهم لا يعتبرون الحرز. ويعد باقى الفقهاء على الجانى التعزير ولا قطع عليه لأن شروط الأخذ خفية لم تتم وقد سبق الكلام فى هذه النقطة.

وإذا ضبط السارق بعد إلقاء المتاع المسروق خارج الحرز وقبل أن يخرج إلى الحرز لأخذه فيرى أبو حنيفة أن الأخذ لم يتم لأن المسروق وإن كان قد أخرج من الحرز ومن حيازة المجنى عليه إلا أنه لم يدخل فى حيازة السارق الفعلية أو لأن يد السارق لم تثبت على المسروق فلا يعتبر فى حيازته[2] فعلا وإن كان الحنفية يعتبرون الشيء فى حيازة السارق حكماً بإلقائه ما لم تكن هناك يد معترضة أى شخص يضع يده على الشيء[3] وهم متفقون على قطع السارق فيما ألقاه خارج الحرز ثم خرج فأخذه ولا يخالفهم فى هذا الأمر وقد بينا من قبل سبب خلافه

(١) مهذب ح ٢ ص ٢٩٧ - شرح الأزهار ح ٤ ص ٣٦٧ - المغنى ح ١٠ ص ٢٥٩ فتح القدير ح ٤ ص ٢٤١ - الزرقانى ح ٨ ص ٩٧
(٢) بدائع الصنائع ح ٧ ص ٦٥ (٣) شرح فتح القدير ح ٤ ص ٢٤٤

ويرى بقية الأئمة ومنهم الشيعة الزيدية أن الشيء المسروق يدخل في حيازة السارق حكما بمجرد إلقائه إلى خارج الحرز وأن الحيازة الحكمية تكفي لاعتبار الأخذ تاماً كالحيازة الفعلية سواء بسواء فإذا ألقى السارق بالمسروق خارج الحرز فقد تمت السرقة سواء خرج السارق فأخذه أو وجد أن غيره قد استولى عليه سواء ضبط السارق قبل خروجه من الحرز أم لم يضبط إلا أن الإمام مالك تردد في اعتبار السرقة تامة في حالة ضبط السارق داخل الحرز بعد إلقاء المسروقات في خارجه ولكن المذهب على اعتبار السرقة تامة[1] وإذا أخرج السارق المتاع المسروق من بعض الدار إلى ساحتها فلا يعتبر الأخذ تاماً لأن الدار جميعها حرز واحد ولأن المتاع لم يخرج بعد من الحرز ولايخالف هـذا إلا الظاهريون لأنهم يعتبرون السرقة تامة بمجرد تناول السارق للشيء المسروق ولو لم يبرح مكانه أما إذا كانت الدار مكونة من بيوت أو غرف مستقلة يعتبر كل منها مسكناً مستقلا فالأخذ من أحد البيوت أو الغرف يعتبر تاماً إذا أخرج السارق المتاع المسروق إلى ساحة الدار المشتركة أو ضبط فيها ومعه المسروقات لأن كل بيت أو غرفة حرز مستقل وليس له علاقة بساحة الدار فإذا أخرج السارق المسروقات إلى ساحة الدار فقد أخرج المسروق من حرزه[2]

وإذا استهلك الجاني الشيء أو أتلفه داخل الحرز فهو متلف للشيء لا سارق له فأما إذا خرج بشيء منه بعد إتلافه فهو سارق لما خرج به إذا بلغ نصاباً وتقدر قيمة المسروق بما خرج به لا بما أتلفه وهذا هو رأي مالك والشافعي وأحمد[3]

---

(١) المدونة جـ ١٦ ص ٧١ ـ شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٩٨ ـ المهذب جـ ٢ ص ٢٩٧ المغني جـ ١ ص ٢٥٩ ـ شرح الازهار جـ ٤ ص ٣٦٧

(٢) نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٤٣٩ ـ المغني جـ ١ ص ٢٦٠ ـ مهذب ٢ ص ٢٩٧ كشاف القناع جـ ٤ ص ٨٠ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٦ ـ شرح فتح القدير جـ٤ ص ٢٤٣ شرح الزرقاني جـ ٨ ص ١٠ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٠٨

(٣) المغني جـ ١ ص ٢٦١ ـ المهذب جـ ٢ ص ٢٩٧ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٨ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٠٨ ـ شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٩٩

وبهذا الرأى تأخذ الشيعة الزيدية (١)

وهذا ما يراه أبو حنيفة ومحمد إلا أن أبا يوسف يرى أن من أتلف الشيء داخل الحرز ثم خرج بالمتلف وقيمته نصابا فإنه لا يقطع لأنه بالإتلاف ضمن قيمة الشيء والمضمونات تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ فلو ضمن السارق قيمة المسروق لملكه من وقت الأخذ فلو قطع اقطع فى ملك نفسه (٢)

وإذا ابتلع الجانى المسروق داخل الحرز فيفرقون بين ما يفسد بالابتلاع كالطعام والشراب وما لا يفسد به كالجواهر والنقود، فأما ما يفسد بالابتلاع فلا يعتبر ابتلاعه أخذاً أى سرقة وإنما يعتبر إتلافاً ويعاقب عليه بعقوبة التعزير وأما ما لا يفسد بالابتلاع ففيه آراء أولها الابتلاع يعتبر استهلاكا للشيء فهو إتلاف لا سرقة وتظهر وجاهة هذا الرأى فى حالة ما إذا لم يخرج الشيء من جوف الجانى وبقى به وثانيها أن الابتلاع يعتبر أخذاً كما لو خرج الشيء فى وعاء وتظهر وجاهة هذا الرأى فى حالة خروج المسروق من جوف الجانى وعلى هذا الرأى المالكية وبعض الشافعية (٣)

وثالثها نفرق بين خروج المسروق بعد ابتلاعه وعدم خروجه فإن خرج فالفعل سرقة وإن لم يخرج فالفعل إتلاف (٤) ورابعها وهو للحنابلة فبعضهم يعتبر الفعل إتلافاً فى كل حال وبعضهم يعتبره سرقة إذا خرج الشيء الذى بلع وإذا لم يخرج فهو إتلاف (٥)

وإذا استهلك الجانى أو ابتلع بعض الشيء ثم خرج ببعضه الباقى فهو متلف لما استهلك أو ابتلع إن كان يفسد بالابتلاع وسارق لما خرج به من الحرز إذا تمت فيه شروط الأخذ خفية مع مراعاة وجود الخلاف والآراء المختلفة التى سبق

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٤

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٤ – بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٠، ج ٧ ص ٧١

(٣) شرح الزرقانى ص ٩٩ (٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٨٠ – بهذب ج ٢ ص ٢٩٧

(٥) المغنى ج ١٠ ص ٢٦١

عرضها وإذا كان للإخراج من الحرز أهمية فى بيان الأخذ التام من غيره فإن له أهمية قصوى فى حالة تعدد الجناة لأن القاعدة فى الشريعة أن عقوبة القطع على من أخرج الشىء المسروق من حرزه فقط أما من لم يخرجه فعليه التعزير.

٥٩٩ - نظرية الهتك المتكامل: وإذا كان السارق واحداً فنقب الحرز كما لو كان منزلا مثلا وأدخل يده فى النقب وأخذ المتاع أو مد قصبة أو محجنا فأخذه به فيرى أبو حنيفة أن الأخذ لم يتم لأن السارق لم يدخل الحرز وهتك الحرز هتكاً متكاملا شرط لتكامل الجناية ولا يتصور تكامل الهتك فيما يمكن الدخول منه إلا بالدخول فعلا أما مثل الصندوق والجوارة فلا يمكن الدخول فيهما فالأخذ التام منهما باليد دون دخول يعتبر هتكاً متكاملا وتسمى هذه النظرية نظرية الهتك المتكامل [1] ولكن الأئمة الثلاثة ومعهم أبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة والشيعة الزيدية يرون الأخذ تاما سواء دخل السارق الحرز أو لم يدخله لأن ركن السرقة الأخذ من الحرز وليس دخول الحرز فكل ما أمكن الأخذ من الحرز دون دخوله فهو أخذ تام [2].

٦٠٠ - تعدد الجناة -. وإذا اشترك فى السرقة اثنان فدخل أحدهما الحرز وبقى الثانى فى خارجه وناول الداخل للخارج المسروق من وراء الجدار أو من فتحة الباب أو من نقب فى الحائط فيرى أبو حنيفة أن الأخذ غير تام بالنسبة للداخل والخارج معاً فأما بالنسبة للداخل فلأنه وإن كان قد أخرج المتاع بفعله من الحرز ومن حيازة المجنى عليه إلا أن المتاع لم يدخل فى حيازة الداخل وإنما دخل فى حيازة زميله الذى كان فى الخارج ومن ثم فالأخذ غير تام بالنسبة للداخل ورأى أبى حنيفة فى هذه المسألة تطبيق لنظرية اليد المعترضة التى سبق

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٦

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص١٤٧ - المغنى ج ١٠ ص ٢٥٩ - كشاف القناع ج ٤ ص ٨٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٥ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٧ ، ٣٦٨

بيانها ، أما بالنسبة للخارج فإن كان المسروق قد دخل فى حيازته فإنه لم يخرج المسروق من حرزه ومن حيازة المجنى عليه ومن ثم كانت شروط الأخذ غير تامة بالنسبة له.

ويتفق الأئمة الثلاثة والشيعة الزيدية وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة على اعتبار الأخذ تاماً بالنسبة للداخل ويرون أن المتاع المسروق يدخل فى حيازة الداخل الذى أقام زميله الخارج مقامه بتسليم المسروقات إليه ولكنهم إذا خالفوا رأى أبى حنيفة بالنسبة للداخل فإنهم يرون رأيه بالنسبة للخارج[1]

والمفروض فى المسألة السابقة أن الداخل أخرج يده بالمسروقات إلى خارج الحرز فتناولها زميله الخارج ، أما إذا أدخل الخارج يده فى الحرز فأخذ المتاع المسروق من يد زميله الموجود داخل الحرز فيرى أبو حنيفة أن الأخذ لا يعتبر تاماً بالنسبة لأيهما ، فأما الخارج فلأنه لم يدخل الحرز فيهتكه هتكاً متكاملاً ، وهذا تطبيق لنظرية الهتك المتكامل ، وأما الداخل فلأنه لم يخرج المسروق من الحرز ولكن الأئمة الثلاثة والشيعة الزيدية وأبو يوسف صاحب أبى حنيفة يرون أن الأخذ يعتبر تاماً بالنسبة للخارج لأنه أخرج المتاع المسروق من الحرز ومن حيازة المجنى عليه وأدخله فى حيازة نفسه ولأن ركن السرقة هو الأخذ وقد أخذ المسروق وليس ركن السرقة الدخول فى الحرز أما بالنسبة للداخل فيتفق رأى هؤلاء الفقهاء مع رأى أبى حنيفة[2]

وإذا وضع الداخل المسروقات فى وسط الثقب فمد الخارج يده لأخذها بحيث اجتمعت أيديهما فى الثقب بموضع لم يخرجه الداخل من الحرز ولم يخرجه الخارج من الحرز فتعاونا معاً على إخراجه وأخرجاه من الحرز فالأخذ تام

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ — المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١ — الزرقانى ج ٨ ص ٤ ١ — كشاف القناع ج ٤ ص ٨ — المغنى ج ١ ص ٢٩٩ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٨

(٢) راجع المراجع السابقة

بالنسبة لكليهما فى رأى مالك (١) ، وهو كذلك عند أحمد وأبى يوسف من فقهاء الحنفية (٢) ، ولكن الشافعى يرى أن الأخذ لا يعتبر تاماً بالنسبة للداخل والخارج معاً لأن الداخل لم يخرجه من تمام الحرز ولأن الخارج لم يأخذه من داخل الحرز (٣)

أما عند أبى حنيفة فلا يعتبر أحدهما آخذاً لأن الخارج لم يدخل الحرز ويهتكه هتكاً متكاملا ولأن الداخل لم يخرجه من الحرز وعلى فرض أنه أخرجه فإن يداً أخرى اعترضت يده .

وإن دخل أحدهما إلى الدار فربط المسروقات بحبل وكان طرف الحبل مع آخر فى الخارج فجر المسروقات حتى أخرجها من الحرز فالأخذ تام بالنسبة للخارج عند الشافعى وأحمد وأبى يوسف والشيعة الزيدية وليس تاماً بالنسبة للداخل . أما عند أبى حنيفة فالأخذ ليس تاما أيضا بالنسبة للخارج تطبيقا لنظرية الهتك المتكامل (٤)

وإذا دخلا معا فى الحرز فصعد أحدهما إلى سطح المنزل وجمع الثانى المتاع المسروق فربطه بحبل فجره على السطح وألقى به إلى الخارج فالأخذ تام بالنسبة لكليهما عند مالك وأبى حنيفة وأحمد وليس تاما عند الشافعى إلا بالنسبة لمن ألقى به إلى الخارج (٥) ، فأما الشافعى فيرى أن الأخذ تام لمن أخرج المسروق أما من لم يخرجه فلا يعتبر الأخذ تاما له وهو يسير فى هذا على القاعدة العامة ، أما من اعتبروا الرابط مخرجا للمتاع فإنهم يعتبرونه كذلك على أسس مختلفة فمالك يعتبره مخرجا لأن فعل الربط جاء مصاحبا لفعل الإخراج وهو يعتبر الشخصين مخرجين كما تصاحب فعلاهما حال الإخراج وأبو حنيفة وأحمد

(١) المدونة حـ ١٦ ص ٧٣
(٢) كشاف القناع حـ ٤ ص ٨ ـ شرح فتح القدير حـ ٤ ص ٢٤٣ .
(٣) أسنى المطالب حـ ٤ ص ١٤٦
(٤) البحر الزاخر (؟) السادسة
(٥) المدونة حـ ١٦ ص ٧٣ ـ كشاف القناع حـ ٤ ص ٨ ـ المغنى حـ ١ ص ٢٩٨ شرح فتح القدير حـ ٤ ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ ـ أسنى المطالب حـ ٤ ص ١٣٨

يعتبران من يدخل الحرز مخرجا للمسروق ولو لم يحمل من المسروق شيئاً مادام شريكه أو شركاؤه قد احتملوه(١)

وسنتكلم على هذه القاعدة بتوسع عند الكلام على الإعانة ، وتأخذ الشيعة الزيدية بهذه القاعدة(٢) على أن فيهم من يأخذ برأى الشافعى

وإذا عطل الحرز قبل إخراج المسروقات منه فلا تتم شروط الأخذ خفية لأن شروط الإخراج من الحرز متقدم وتكون السرقة سرقة مال غير محرز ولاقطع فيها وإنما فيها التعزير ، ومثل ذلك أن يؤذن للسارق بدخول الحرز لأن الإذن يعطل الحرز فى حق المأذون له وكذلك الحارس على الشىء المسروق فى حالة ما إذا كان المال محرزاً بحارس أما إذا عطل الحرز بعد إخراج المسروقات فإن ذلك لا يؤثر على السرقة التى تمت بتمام شروط الأخذ خفية

وسنتكلم على ما يعطل الحرز عند الكلام عن الحرز وبعطل الحرز عند الشافعى وأحمد والشيعة الزيدية بفتح الباب والنقب ولكنه لايعطل بهما عند مالك وأبى حنيفة فإذا نقب شخص حرزاً أو فتح بابه ولم يسرق شيئاً فجاء آخر ودخل الحرز وسرق منه متاعاً فلا قطع على أحدهما عند الشافعى وأحمد والشيعة الزيدية لأن الأول لم يأخذ شيئاً فلا يسأل عن السرقة وإنما يسأل عن إتلاف الحائط ولأن الثانى أخذ المتاع من غير حرز والسرقة من غير حرز لاقطع فيها

أما مالك وأبو حنيفة فيريان أن الأخذ تام بالنسبة للثانى الذى دخل الحرز وأخذ المتاع لأن النقب لم يخرج المكان عن كونه حرزاً(٣)

ويرتب الحنابلة على القول بأن النقب يعطل الحرز أن الجانى لو نقب فى ليلة ولم يأخذ شيئاً فعلم المالك بهتك الحرز وأهمله ثم جاء الناقب فى ليلة تالية قبل إعادة الحرز فسرق ما فى المنزل أو جاء فى نفس الليلة من إحداث النقب فسرق فإن الأخذ لا يعتبر تاماً لأن السرقة من غير حرز وكذلك الشأن عند الحنابلة

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٤ المغنى ج ١٠ ص ٢٤٧ ، ٢٩٨ كشاف القناع ج ٤ ص ٨

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٦

(٣) شرح الأزهار ج ٧ ص ٣٧ - المغنى ١٠ ص ٢٩٩ - أسنى المطالب ج٤ ص١٤٧ شرح الزرقانى ص ٩٠١ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ وما بعدها

فى حالة الإخراج على دفعات فإذا نقب الجانى الحرز فأخرج مادون النصاب ثم دخل فأخرج مايتم به النصاب فإن كان ذلك فى وقتين متباعدين أو ليلتين لم يجب القطع لأن كل واحدة منهما سرقة مفردة والأولى دون النصاب هى والثانية وكذلك إن كانا فى ليلة واحدة وبينهما مدة طويلة أما إذا تقاربا فهما سرقة واحدة لبناء الفعلين أحدهما على الآخر وإذا بنى فعل أحد الشريكين على فعل شريكه فبناء فعل الواحد بعضه على بعض أولى[1] أما إذا علم المالك بهتك الحرز وأهمله فكل أخذ يعتبر مستقلا مهما تقاربت المدة بين الأخذين والأخذ بعد العلم أخذ من غير حرز[2] ويلاحظ أن الحرز لايبطل بالنسبة لمحدث النقب إلا بعلم المالك أو باستشهار هتكه أما بالنسبة للغير فيبطل فى الحال .

ويرتب الشافعية على القول بأن النقب يبطل الحرز بأن الجانى لو نقب فى ليلة وسرق فى أخرى كان أخذه تاماً موجباً للقطع إلا إذا كان النقب ظاهراً يراه الطارقون والمارة أو علم المالك به بعد الحرز[3]

أما الشأن عندهم فى حالة الإخراج على دفعات فلم يتفقوا عليه فإذا نقب شخص حرزاً ثم أخرج منه نصاباً على دفعات فبعضهم يرى الأخذ تاماً ولو أن الإخراج على دفعات لأن بعض فعله يبنى على البعض الآخر . والبعض يرى أن ما أخذه بعد الدفعة الأولى لايعتبر أخذاً تاماً لأنه أخذ من حرز مهتوك والبعض يرى أن ما أخذ قبل اشتهار هتك الحرز أو علم المالك به يعتبر أخذاً تاماً وما أخذ بعده لايعتبر كذلك[4]

ويتفق رأى الشيعة الزيدية مع مايراه الحنابلة[5]

ويلاحظ أن الحرز يبطل فى الحال بالنسبة للغير أمابالنسبه للناقب فلا يبطل

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٢
(٢) كشاف القناع ج ٤ ص ٨١
(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧
(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٩٥ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ـ نهاية المحتاج ج٦ ص ٤٢
(٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٨

إلا على الوجه الذى سبق بيانه وطبقاً للآراء المختلفة التى عرضناها فلو نقب شخص حرزاً لجاء آخر وسرق مافى داخل الحرز فلا يعتبر أخذه تاماً لأنه أخذ من غير حرز أما الإخراج على دفعات عند مالك وهو لايرى بطلان الحرز بالنقب ولافتح الباب فحكمه أن العبرة بقصد الجانى ، فإن قصد الجانى ابتداء أخذ المسروق ولكنه أخرجه على دفعات فالأفعال كلها سرقة واحدة ويستدل على قصد الجانى بإقراره أو القرائن سواء كان يستطيع أن يخرج المسروق كله مرة واحدة ولكنه لم يخرج أو كان لايستطيع أن يخرج إلا على دفعات أما إذا قصد الأخذ فى كل دفعة قصداً مستقلا فكل دفعة تعتبر سرقة مستقلة فإن أخرج فيها نصاباً قطع وإلا لم يقطع[1]

أما أبو حنيفة فيرى فى حالة الإخراج على دفعات اعتبار كل دفعة وحدها فإن بلغت النصاب وحدها استحق المخرج القطع وإلا فلا ولو أن المخرج قصد أن لايخرج فى كل مرة نصاباً تحايلا منه[2]

والإخراج من الأحراز يختلف باختلاف نوع الحرز فإذا كان الحرز حرزاً بالمكان كالمنزل أو الدكان فيجب أن يخرج السارق بالمسروق من جميع الحرز حتى يعتبر الأخذ تاماً ، فمن سرق متاعاً من منزل يجب أن يخرج به إلى الخارج من المنزل ، فإن نقله من غرفة إلى أخرى فلا يعتبر الأخذ تاماً مالم تكن الغرفة التى نقل إليها المتاع المسروق حرزاً مستقلا عن الغرفة التى كان فيها ، وإذا نقله إلى ساحة المنزل فلا يعتبر الأخذ تاماً إلا إذا كان المنزل مكوناً من مساكن مختلفة والساحة مشتركة للجميع فى هذه الحالة يعتبر الأخذ تاماً أما إذا كان الحرز حرزاً بالحافظ فإنه يكفى لاعتبار الأخذ تاماً أن ينفصل بالمسروق عن مكانه أو ينفصل به عن الحارس ، فالنشال يعتبر أخذه تاماً بمجرد أخذه النقود من جيب المجنى عليه وبمجرد شق الجيب وسقوط النقود منه ولو على الأرض

٦٠١ – **التعاون على الإخراج**: الأصل أنه لايقطع فى السرقة إلا

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٦ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ ، ٧٨

الشخص الذى يخرج المسروق من الحرز سواء حمله إلى خارج الحرز أو رماه إلى الخارج ولكن الكثيرين من الفقهاء جروا على قطع كل من تعاونوا على إخراج المسروق وإن كان بعضهم لم يحمل بالذات شيئاً لأن الحمل والإخراج يعتبر حاصلا منهم معنى لامادة

وفى اصطلاح هؤلاء الفقهاء أن المعين على إخراج المسروق هو من يعين السارق على إخراج الشىء المسروق من الحرز سواء كانت الإعانة مادية أو معنوية ، وهم يلحقون المعين على السرقة بمن باشر السرقة ويعطونه حكمه لأن السارق وحده غالباً وإنما يتعاون مع غيره فلو حمل القطع على المباشر وحده لانفتح باب السرقة وانسد باب القطع[1]

والفقهاء الذين يلحقون المعين بالمباشر متفقون على أن القطع على من يعين فقط فى إخراج الشىء المسروق من الحرز لأنه يعتبر مخرجاً له فإن كان العون فى غير ذلك كاشتراك فى النقب أو كسر الباب أو فتحه بمفتاح مصطنع أو مساعدة على تسلق الحائط للدخول فى الحرز أو مساعدة فى حمل المسروقات بعد إخراجها من الحرز لم نقطع المعين على كل ذلك وأشباهه فلو اتفق اثنان مثلا على سرقة منزل وتعاونا على نقب الحائط ثم دخل أحدهما وبقى الآخر فى الخارج يرقب الطريق وأخرج الداخل المسروقات من الحرز مرة بعد أخرى دون أن يستعين زميله وبعد إخراجها تعاونا على حملها فالقطع على الداخل وحده، وعلى الخارج التعزير لأنه لا يعتبر معينا على الإخراج مادام لم يتعاون مع المباشر فى إخراج الشىء المسروق من الحرز

ومع أن الفقهاء متفقون على ماسبق إلا أنهم اختلفوا فى الأفعال التى تعتبر إعانة بحيث لايتفق مذهب مع آخر فى تحديد هذه الأفعال وسنستعرض فيما يلى آراء المذاهب المختلفة فيمن يعتبر معينا على إخراج المسروق

فمالك يرى أن المعين على الإخراج قد تحدث منه الإعانة وهو فى خارج

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٦

الحرز وقد تحدث منه الإعانة وهو فى داخل الحرز فأما الإعانة من خارج الحرز فمثله أن يضع الداخل المتاع المسروق فى وسط النقب ويمد الخارج يده لأخذه فتجتمع أيديهما فى النقب بموضع لم يخرجه الداخل من الحرز ولم يخرجه الخارج من الحرز وإنما هو بين بين ، فإذا تناول الخارج المتاع على هذا الوجه فهو معين على إخراجه لأن فعل كل منهما لم يستقل بإخراج المسروق ولأن فعل كل منهما جاء مصاحباً لفعل الآخر ومثل ذلك أن يربط الداخل المتاع بحبل يجره من فى الخارج فإذا فعل فهو معين على الإخراج فالقاعدة إذن عند مالك أن الخارج يعتبر معينا على الإخراج إذا كان فعل الداخل لا يجعله مستقلا بالإخراج وإذا تصاحب فعلاهما فى حال الإخراج[1]

أما الإعانة من داخل الحرز فتكون بالتعاون فى حمل المسروق إلى خارج الحرز أو بالتعاون فى حمله على أحد السارقين أو بعضهم أو فى حمله على دابة ويشترط أن يكون هذا التعاون ضروريا كأن يكون المسروق ثقيلا فلا يستطيع إخراجه إلا كثيرون أو لا يستطيع حمله شخص واحد إلا أن يضعه عليه اثنان أو ثلاثة أو أكثر فإذا كان المسروق خفيفاً فحمله واحد فخرج به وهم معه أو أعانوه على حمله وهو يستطيع حمله دون إعانة كالثوب والصرة فلا إعانة لأن التعاون على الإخراج ليس ضروريا ولا قطع إلا على من حمل المسروق فأخرجه

وإذا اقتضى إخراج المسروق التعاون فى حمله لإخراجه فالحاملون جميعاً مباشرون للسرقة مادام أنهم قد حملوه حتى أخرجوه من الحرز فإذا حملوه فوضعوه على شخص منهم أو على دابة فالمباشر هو المخرج والباقون معينون وفى هاتين الحالتين يكفى لقطع المباشرين والمعينين أن تبلغ قيمة المسروق نصاباً واحدا وإذا اشترك كثيرون فى إخراج المسروقات من الحرز ولم تكن هناك ضرورة للتعاون وإنما أخرج كل منهم شيئاً يحمله وهم شركاء فى كل ما أخرجوه فالمخرجون جميعاً مباشرون ولا يقطع منهم إلا من بلغت قيمة ما أخرجه نصابا .

(١) المدونة جـ ١٦ ص ٧٣ شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١٠٦

ويعزر من أخرج دون النصاب ولا يعتبر معينا عند مالك من يدخل الحرز أو يبقى فى خارجه دون أن يأتى عملا ماديا يشترك به فى إخراج المسروقات على الوجه الذى سبق بيانه ، فمن وقف داخل الحرز ليحمى حامل المسروقات أو ليمنع السكان من الحركة أو الاستغاثة أو ليرشد اللصوص على مكان النقود فإنه لا يعتبر مباشراً ولا معيناً ولا قطع عليه وإنما عليه التعزير[1]

ويشترط أبو حنيفة لاعتبار الشخص معيناً أن يدخل الحرز فإن لم يدخل الحرز فلا يعتبر معيناً ولو ساعد عمله على إخراج المسروقات من الحرز ورأيه هذا تطبيق آخر لنظريته فى هتك الحرز هتكا متكاملا

والمعين فى مذهب أبى حنيفة هو من دخل الحرز مطلقاً سواء أتى عملا ماديا عاون به على إخراج المسروقات كأن وضعها على ظهر آخر فأخرجها الآخر أو أتى عملا معنوياً ساعد على إخراج المسروقات من الحرز كوقوفه للحراسة أو لمنع الغوث أو للإشراف على نقل المسروقات من الحرز ، ويعتبر مجرد وجوده داخل الحرز إعانة معنوية على إخراج المسروقات من الحرز ولو كانت الحالة لا تقتضى وجود المعين[2] على أن الإعانة لا يجب فيها القطع فى مذهب أبى حنيفة إلا إذا خص كل مباشر وكل معين نصاب فإذا كانت قيمة ما أخرج لا تكفى ليصيب كل منهم نصابا فلا قطع وإنما التعزير[3] وإذا اشترك جماعة فى سرقة فخرج كل منهم ببعض المسروقات وبعضهم يحمل ما قيمته نصابا فأكثر وبعضهم يحمل أقل من نصاب فعليهم القطع جميعاً إذا كانت قيمة المسروقات فى مجموعها تكفى لأن يصيب كل منهم نصابا[4] وفى هذا يختلف مذهب مالك عن مذهب أبى حنيفة

(١) المدونة ج ١٦ ص ٦٨ ، ٦٩ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٦
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٤ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٦
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٥ .
(٤) المراجع السابقة

أما مذهب أحمد فيتفق أولا مع مذهب مالك فى أن الإعانة قد تحدث من شخص خارج الحرز وقد تحدث ممن فى داخله كذلك يتفق المذهبان فى تحديد الإعانة من الخارج ولكنهما يختلفان فى الإعانة ممن فى الداخل

ويتفق مذهب أحمد مع مذهب أبى حنيفة فى الإعانة من الداخل فيعتبر معيناً عند أحمد كل من يدخل الحرز سواء أتى عملا مادياً كإعانة غيره على حمل المسروقات أم أتى عملا معنويا كمنع الغوث أو لم يأت عملا ما

وفى مذهب أحمد يقطع المباشر والمعين إذا بلغت قيمة ما أخرج نصاباً واحداً وإذا اشترك جماعة فى السرقة فليس من الضرورى أن يبلغ ما حمله كل منهم نصابا بل يكفى أن يبلغ كل ما أخرجوه من الحرز نصابا واحداً لا غير ليقطعوا به هم ومن أعانوهم على الإخراج سواء من الداخل أو من الخارج وفى هذا يخالف مذهب أحمد مذهبى مالك وأبى حنيفة[1]

أما فى مذهب الشافعى فلا يعترفون بالإعانة من خارج الحرز ولا بالإعانة من داخله والمعين فى كل الأحوال عليه التعزير ولا قطع عليه ويقطع الشافعى المشتركين فى السرقة بشرطين أولهما أن يشترك السارق فى إخراج المسروق من الحرز كأن يكون شيئاً ثقيلا فيتعاون السارقون على حمله لخارج الحرز أو أشياء متعددة فيحمل كل منهم شيئاً فمن أخرج منهم شيئاً خارج الحرز فهو سارق ثانياً أن يختص كل من السارقين نصابا إذا وزعت عليهم قيمة كل ما أخرجوه بغض النظر عما أخرجه كل منهم فقد يخرج أحدهم نصابا أو أكثر وقد يخرج أقل من نصاب[2]

وإذا لم يشترك السارقون وكان كل منهم مستقلا فى فعله وقصده عن الآخر فالعبرة بما يخرجه كلٌّ فمن أخرج نصاباً قطع إذا توفرت الشروط الأخرى ومن

(١) المغنى ج ١ ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ – كشاف القناع ج ٤ ص ٧٩
(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٤٩ ، ٢٩٧ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١

أخرج أقل من نصاب لم يقطع[1] ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب مالك فهم يرون قطع المعين من الخارج أو من الداخل بنفس الشروط وعلى الكيفية التي يراها المالكيون[2].

هذا هو حكم الإعانة على الإخراج في مختلف المذاهب الإسلامية وظاهر منه أن المعين على الإخراج يعتبر فاعلا أصلياً للسرقة ويعاقب بالقطع كمباشر السرقة أما الشريك بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة كما نعرفه في القوانين الوضعية فلا قطع عليه وعليه التعزير ما دام أنه لا يعين على إخراج المسروق من الحرز والشريك على أحد هذه الوجوه يسمى في الشريعة الإسلامية الشريك بالتسبب أما الفاعل الأصلي المشترك مع غيره فيسمى الشريك المباشر

٦٠٢ ـ الأخذ بالتسبب معناه أن لا يباشر السارق إخراج المسروقات من الحرز بنفسه وإنما يؤدي فعله بطريق غير مباشر إلى إخراج المسروقات مثل أن يضع المسروق على ظهر دابة ويسوقها فتخرج به من الحرز أو يلقي بالمسروق في ماء جار إلى خارج المنزل فيخرجه التيار، أو يرميه في ماء راكد ثم يفتح مجرى الماء أو يعرض المسروق لريح هابة فتطير المسروق إلى الخارج، أو يربطه على طائر ويطيره فيخرج المسروق أو يأمر صغيراً أو معتوهاً بإخراج المسروق فيخرجه أو أن يستتبع سخل شاة أو فصيل ناقة أو غيرها مثل أن يشتري الأم والسخل على ملك الغير في حرز فيأتي بالأم إلى مكان السخل ويريه أمه حتى يتبعها، وكذلك العكس نحو أن يأتي في مكان أمه وهي في حرز مالكها حتى يستتبع الأم سخلها بأن يمشيه عليها حتى تتبعه أو أشار لشاة في الحرز بالعلف حتى خرجت إليه فأخذها[3]

والأخذ بالتسبب كالأخذ المباشر عقوبته القطع بشرط أن تتم شروط

---

(١) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٨ ـ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٤٢١

(٢) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٦٦، ٣٦٨

(٣) كشاف القناع ج ٤ ص ٨٠ ـ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٤٣٧ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٤٨ شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٦٧ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٨ ـ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٤٣

الأخذ فيخرج المسروق من حرزه ومن حيازة المجنى عليه ويدخل فى حيازة الجانى ويراعى فى الأخذ بالنسبة ماسبق ذكره من وجوه الخلاف بين الفقهاء وعلى الأخص نظرية أبى حنيفة فى هتك الحرز هتكا متكاملا ونظريته فى المعترض فمثلا فى حالة استنباع السخل أو الفصيل يرى أبو حنيفة أن الأخذ غير تام لأن الجانى لم يهتك الحرز هتكا متكاملا ويخالفه أبو يوسف فى هذا ويرى كما يرى فقهاء المذاهب الأخرى بأن الأخذ تام وفى حالة وضع المسروق فى ماء جار وعثور آخر عليه وأخذه ، يرى أبو حنيفة أن الأخذ غير تام لأن يداً اعترضت يد السارق

ويشترط فى الأخذ خفية أن ينقل الحيازة كاملة دون حق من المجنى عليه للجانى أى أن ينقل الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى عنصر التبعة وعنصر الملك، فإن نقل أحد العنصرين دون الآخر ولو بغير حق فلا يعتبر الفعل سرقة فالمعير الذى يأخذ متاعه خفية عن المستعير والمؤجر الذى يأخذ متاعه خفية عن المستأجر والأصيل الذى يأخذ متاعه خفية عن الوكيل والمودع الذى يأخذ متاعه خفية عن المودع لديه والراهن الذى يأخذ متاعه المرهون خفية عن المرتهن والمشترى الذى يأخذ المبيع خفية عن البائع ولو أن ميعاد التسليم لم يحل بعد والمستأجر أو المرتهن أو المودع لديه أو المستعير الذى يأخذ الشىء المؤجر أو المرهون أو المودع أو المعار فى خفية عن المالك ، والمشترى الذى يأخذ المبيع قبل تسليم الثمن أو فى زمن الخيار والموهوب له الذى يأخذ ما وهب له خفية كل هؤلاء لا يعتبر أحدهم آخذاً خفية لأن أخذه لا ينقل إلا أحد عنصرى الحيازة فقط[1]

يشترط فى المسروق أن يكون مما هو خالص لغيره أى ليس للسارق فيه ملك ولا حق بل للمستحق له غيره ويشترط فى الأخذ خفية أن يكون الشىء

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٧ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٨ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٧٧ ، ٧٩ ـ المغنى جـ ١٠ ص ٢٧٧ ـ شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٦٥

المسروق فى يد المجنى عليه أو أى شخص آخر يقوم مقامه كالمستأجر والمستعير كما يشترط أن لا يكون فى يد الجانى ولا تحت سلطانه ، فإذا كان الشىء فى يد الجانى أو تحت سلطانه من قبل فلا يعتبر الفعل سرقة لأن السرقة تقتضى الأخذ خفية والأخذ خفية لا يكون إلا من يد المجنى عليه أو من يمثله ، ولا يعتبر الجانى آخذاً خفية إذا كان يمثل المجنى عليه فى حيازة الشىء أو كان المجنى عليه قد مكنه من الشىء ومنحه سلطة عليه ، وعلى هذا لا يعتبر الوكيل سارقاً لأنه يمثل المجنى عليه ولا يعتبر الخادم سارقا مما وضع فى يده أو أمكن منه ومنح سلطة عليه

وما يشترط فى الشريعة من أن ينقل الأخذ الحيازة كاملة بعنصريها المادى والمعنوى هو نفس النظرية التى قال بها جارسون لتحديد الأفعال التى تعتبر سرقة فهو يفرق بين الحيازة الكاملة التى تشمل الركن المادى والركن المعنوى للحيازة وهى حيازة المالك ، وبين الحيازة المؤقتة التى تشمل الركن المادى فقط كحيازة المستأجر والمرتهن والمستعير ، كما تفرق بين هذين الفرعين من الحيازة وبين اليد العارضة التى لا تمنح صاحبها أى حق أو سلطة على الشىء ويعرف جارسون الاختلاس وهو الفعل المادى المكون للسرقة بأنه الاستيلاء على حيازة الشىء الكاملة أو هو اغتيال الحيازة بركنيها المادى والمعنوى فالنظرية التى وصل إليها الفقه والقضاء أخيراً وتولى تنظيمها وشرحها جارسون هى نظرية الفقه الإسلامى .

٦٠٣ — التسليم ينفي الأخذ خفية : وواضح من كل ما سبق أن التسليم يمنع من القول بأن الشىء أخذ خفية لأن الأخذ خفية يقتضى أن يؤخذ الشىء من يد المجنى عليه أو من يمثله دون علمه ودون رضاه معا والتسليم يجعل المجنى عليه عالما بأخذ الشىء سواء توفر الرضاء أو انعدم ويستوى أن يكون المجنى عليه راضياً بالتسليم أو مكرهاً عليه فالفعل فى الحالين ليس سرقة وإن كان من

عليه تمكين الجانى من الشىء أو منحه سلطة عليه كحالة الطباخ مثلا تسلم إليه أدوات المطبخ لاستعمالها

ويستوى أن يكون التسليم ناشئاً عن خطأ أو عن غش أو قصد به مجرد تمكين الجانى من الاطلاع على الشىء المسروق أو التفرج عليه أو فحصه

فى هذه الحالات جميعاً يمنع التسليم من اعتبار الشىء مأخوذاً خفية لأن الأخذ خفية يجب أن يكون بغير علم المجنى عليه وبغير رضاه معا وإذا كان لايمكن اعتبار الشىء الذى سلم للجانى للفحص والتفرج والاطلاع مسروقاً طبقاً للشريعة فإن هذا الشىء يمكن اعتباره مختلساً طبقا للشريعة

والاختلاس كما قلنا نوع من السرقة لايشترط فيه العلم ويشترط فيه عدم الرضاء فقط وعقوبته التعزير لا القطع والاختلاس فى الشريعة تتفق فى شروطه وأحكامه مع شروط وأحكام جريمةالسرقة فى قانونى العقوباتالمصرىوالفرنسى

ولا يعتبر الفعل سرقة إذا تسلم الجانى المبيع على أن يدفع ثمنه فوراً فأخذه وهرب أو إذا تسلم ورقة مالية أو قطعة نقود كبيرة ليصرفها نقوداً صغيرة فأخذها وهرب والمانع من اعتبار الفعل سرقة هو التسليم لأن فى التسليم علم المجنى عليه بالفعل والعلم يمنع من تكوين ركن الأخذ خفية وإذا كان الفعل لا يعتبر سرقة فمن الممكن أن يعتبر اختلاساً طبقاً لقواعد الشريعة

وإذا كان التسليم ممن لاشعور له أو اختيار، كسكران أو مجنون أو طفل غير مميز فإنه يمنع أيضاً من تكوين ركن الأخذ خفية لأن فقد الشعور والاختيار إذا كان يمنع من حصول التسليم اختياراً فإنه لايمنع عالماً من العلم بحصول التسليم وإذا توفر العلم بالأخذ انعدم أحد أركان السرقةوهو الأخذ خفية وحتى إذا أمكن القول بأن علم الصغير والمجنون والسكران غير معتبر فإن هذا العلم غير المعتبر يكون شبهة تدرأ الحد فلا يقطع الجانى ويكتفى فى عقابه بالتعزير

وتمكين الجانى من الشىء أو السماح له بدخول محل المسروق فى حكم تسليم

الشيء المسروق إلى الجاني فالسرقة التي تقع من العمال أو الخدم والنزلاء وما أشبه لا قطع فيها إذا كانت السرقة واقعة على شيء في المحل الذي يعمل فيه الخادم أو العامل أو يدخله النزيل أو في المحلات المصرح لهم بدخولها لأن الإذن للعامل والخادم والنزيل بدخول المحل يبطل الحرز فيكون الأخذ أخذاً من غير حرز ومن ثم لا تتم شروط الأخذ خفية وتكون السرقة سرقة مال غير محرز ولا قطع في سرقة المال غير المحرز وإنما فيها التعزير وسنعود للكلام على هذه النقطة بتوسع بمناسبة الكلام عن الحرز

وإذا أخذ المكلف بنقل الأشياء بعض ما كلف بنقله فعمله لا يعتبر سرقة في الشريعة الإسلامية وإنما يعتبر تبديداً لأنه تسلم الشيء بمقتضى عقد من عقود الأمانة ، وإذا فرض أنه تسلمه بغير عقد فإن التسليم في ذاته يمنع من تكون ركن الأخذ خفية لأن التسليم يقتضي العلم بالأخذ وشرط الأخذ خفية أن يتم دون علم ورضاء المجني عليه فالعقوبة إذن على أي فرض هي عقوبة التعزير وكل جريمة عقوبتها التعزير في الشريعة الإسلامية يصح للهيئة التشريعية أن تجعلها في حكم جريمة أخرى إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة فيصح اعتبار الاختلاس الحاصل من محترفي النقل في حكم السرقة وإن كانت القواعد العامة تجعله تبديداً ومن هذا يتبين أنه لا اختلاف بين الشريعة والقانون المصري في هذه النقطة لأن القواعد القانونية العامة ذاتها تجعل الجريمة تبديداً ولكن المشرع أعطاها حكم السرقة أو اعتبر الفعل سرقة تشديداً على محترفي النقل ولم يعتبر التسليم الحاصل للجاني مع أن التسليم يمنع من تكون ركن الاختلاس طبقاً للقانون ، والاختلاس في القانون يقابل الأخذ خفية في الشريعة كما يقابل الاختلاس في الشريعة أيضاً

ويشترط ليكون الأخذ تاماً يقطع فيه أن لا يكون في عام المجاعة وزمن القحط لأن الضرورة تبيح التناول من مال الغير بقدر الحاجة فإذا سرق المحتاج طعاماً أكله فلا قطع عليه لأنه كالمضطر وقد روي عن مكحول أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا قطع في مجاعة مضطر » ويشترط في الأخذ أن لا يجد ما يشتريه أو لا يجد

ما يشترى به وأن لا يأخذ أكثر من حاجته[1]

فأما الواجد لما يأكله أو الواجد لما يشترى به وما يشتريه فعليه القطع وإن كان بالثمن الغالى

والقاعدة فى الشريعة أن للمضطر أن يأخذ ما يقيم حياته من غيره إذا لم يكن فى حاجة إليه وإن احتاج الأمر إلى قتال قاتله عليه فإن قتل المضطر فقاتله مسئول جنائياً عن قتله ولا يعتبر فى حالة دفاع وإن قتله المضطر فهو هدر لأنه ظالم بقتاله المضطر فأشبه القاتل ولكن ليس للمضطر أن يسرق شيئاً أو أن يقاتل على شىء كلما استطاع أن يأخذه بشراء أو استرضاء مهما تعالى صاحب الشىء فى الثمن لأن المضطر لا يلزمه شرعاً إلا ثمن المثل[2]

ويشترط أبو حنيفة ليكون الأخذ تاماً يقطع فيه أن يكون الأخذ فى دار العدل فلا قطع عنده على من سرق فى دار الحرب أو دار البغى ولو كان المجنى عليه والجانى من أهل دار العدل لأن السرقة تقع فى مكان لا ولاية للإمام عليه والقضاء بالعقوبة يقتضى الولاية على مكان الجريمة ومن ثم لا تعتبر السرقة فى دار الحرب أو دار البغى سبباً لوجوب القطع[3]

هذا ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب أبى حنيفة فى هذه المسألة[4]

أما المذهب الظاهرى فيتفق مع مذهب الأئمة الثلاثة[5] ومذهب أبى حنيفة يخالف المذاهب الأخرى فى هذه الناحية حيث يرى بقية الفقهاء قطع السارق على السرقة فى دار الحرب أو دار البغى[6] ويرى أبو حنيفة ومحمد أن لا يقطع المستأمن

---

(١) المهذب ح ٢ ص ٢٩٩ – كشاف القناع ح ٤ ص ٨٣ – المغنى ح ١٠ ص ٢٨٨ المحلى ح ١١ ص ٣٤٣ – شرح فتح القدير ح ٤ ص ٢٢٩

(٢) المغنى ح ١١ ص ٨ – أسنى المطالب ح ١ ص ٥٧٢ – مواهب ح ٣ ص ٢٤٣ حاشية ابن عابدين ح ٥ ص ٢٩٦

(٣) بدائع ح ٧ ص ٨

(٤) شرح الأزهار ح ٤ ص ٣٣٤ ، ٥٥٢

(٥) المحلى ح ١١ ص ٣٦ وما بعدها

(٦) مواهب ح ٣ ص ٣٥٥ ، ٣٦٥ – المدونة ح ١٦ ص ٩١ – مهذب ح ٢ ص ٣٠٨ – المغنى ح ١ ص ٤٣٩ ، ٥٣٧ – راجع التشريع الجنائى ح ١ص ٢٨٠ ، ٢٨٩

فى سرقة مال المسلم أو الذمى لأنه أخـذه على اعتقاد الإباحة ولأنه لم يلتزم أحكام الإسلام وعند أبى يوسف قطع[1] ويرى مالك قطع المستأمن وكل معاهد[2] وحجته أن حد القطع لله[3] وفى مذهب الشافعى وأحمد ثلاثة آراء أحدهم وهو المرجوح يتفق مع رأى أبى حنيفة ، والثانى وهو الراجح يتفق مع رأى مالك[4] والثالث بأنه إذا اشترط قطعه بالسرقة قطع لأنه يصبح ملتزماً للأحكام على أن القائلين بعدم قطع المستأمن يسلمون بأنه لا قطع فى سرقة ماله[5]

الركن الثانى

أن يكون المأخوذ مالا

٦٠٤ — يجب أن يكون الشىء المسروق مالا ، ولا محل للسرقة فى الوقت الحاضر إلا المال أما قبل إبطال الرق فكان العبيد والإماء فى الشريعة محلا للسرقة باعتبارهم مالا من وجه يمكن التصرف فيه كـكل مال ، ولئن كانوا من وجه آخر آدميين وهكذا كان الشأن فى القوانين الوضعية أيضاً أما بعد إبطال الرق فلا يمكن أن يكون الإنسان محلا للسرقة عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد وهذا رأى فى مذهب الشيعة الزيدية أما مالك والظاهريون فيرون أن الطفل غير المميز محل للسرقة ولو كان حراً وعلى من يأخذه عقوبة القطع كسارق المال وهذا رأى آخر فى مذهب الشيعة الزيدية ، ومع أن هؤلاء يعترفون بأن السرقة لا تقع إلا على المال فإنهم يستثنون الطفل غير المميز ويجعلون

---

(١) بدائع الصنائع ص ٧١ (٢) المدونة ١٦ ص ٧٥

(٣) مواهب جـ ٦ ص ٣١٢ (٤) المغنى ج ١ ص ٢٧٦ ـ كشاف القناع ص ٨٥ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٤

(٥) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٤ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٠

خطئه فى حكم سرقة المال (١)

٦٠٥ - ويشترط فى المال المسروق شروط يجب توافرها جميعاً ليقطع فيه السارق وهذه الشروط هى (١) أن يكون مالا منقولا (٢) أن يكون مالا متقوماً (٣) أن يكون مالا محرزاً (٤) أن يبلغ المال نصابا

٦٠٦ - أولاً: أن يكون مالاً منقولاً: يجب أن تقع السرقة على مال منقول لأن السرقة تقتضى نقل الشىء وإخراجه من حرزه ونقله من حيازة المجنى عليه إلى حيازة الجانى وهذا لا يمكن إلا فى المنقولات فهى بطبيعتها التى يمكن نقلها من مكان إلى آخر

ويعتبر المال المسروق منقولاً كلما كان قابلاً للنقل فليس من الضرورى أن يكون المال منقولا بطبيعته بل يكفى أن يصير منقولا بفعل الجانى أو بفعل غيره، فمن استل أخشاباً من سقف منزل أو هــدم حائطا وأخذ من أنقاضه فهو سارق لمنقول ولو أن المنزل يعتبر عقاراً لأن سل الأخشاب وهدم الحائط يجعل الأخشاب والأنقاض منقولة والأرض عقار بطبيعتها فمن أخذ منهـا تراباً أو أحجاراً أو أخــذ من جوفها فحما أو معادن أو ما أشبه يعتبر سارقا لمنقــول (٢)

ويشترط أن يكون المنقول ماديا كالنقود والأخشاب، ويستوى أن يكون المنقول صلبا كالحديد أو سائلا كالماء أو غازيا كغاز الاستصباح، أما الأموال المعنوية فلا يمكن أن تــكون محلا للسرقة لأنهـا حقوق مجردة وليست قابلة بطبيعتها للنقل من مكان لآخر سواء كانت حقوقا شخصية أو عينية، ولا شك

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٤، ٩٣، ٩١ - المحلى ج ١١ ص ٣٣٧ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ - أسنى المطالب - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٨ - المغنى ج ١٠ ص ٢٤٥

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ - كشاف القناع ج ٤ ص ٨٣ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٢ ١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٨، ٦٩

أن الأوراق المثبتة لهذه الحقوق المصونة تعتبر فى ذاتها منقولا ومن ثم يمكن سرقتها وتقع السرقة فى هذه الحالة على الأوراق لا على ماتتضمنه من حقوق

وليس فى الشريعة مايمنع من أن تكون القوى الطبيعية والأشياء المباحة أصلا محلا للسرقة كالضوء والحرارة والبرودة والماء والهواء والعبرة فى ذلك كله وأشباهه بإمكان احتيار الشىء والتسلط عليه فكل من استطاع أن يحتاز شيئا من هذه الأشياء المباحة الأصل يصبح مالكا لها وإن كان احتيار هذه الأشياء وأمثالها والتسلط عليها يجعلها منقولا يعاقب على سرقته كما يعاقب على سرقة أى منقول آخر وعلى هذا فليس ثمة ما يمنع من اعتبار الكهرباء محلا للسرقة لأن احتيارها والتسلط عليها ونقلها من مكان إلى آخر فى حيز الإمكان

٦٠٧ - ثانيا أن يكون مالا متقوما - منفعة مطلقة فإن كانت قيمته تافهة فلا قطع فى سرقته والعقوبة عليه التعزير فالخمر ولحم الخنزير مثلا لا قيمة لهما عند المسلم ولكن لهما قيمتهما عند غير المسلم ومن ثم كانت قيمتهما نسبية لامطلقة وهذا النقص فى القيمة هو الذى منع من القطع لأنه شبهة ووجه الشبهة عدم المالية أو عدم التقوم ، والحدود تدرأ بالشبهات ويستوى أن يكون صاحب المال مسلما أو غير مسلم وأن يكون السارق مسلما أو غير مسلم لأن العبرة ليست بالمالك أو السارق وإنما العبرة بتقوم المال أو عدم تقومه (١)

وتعبير المال المتقوم هو ما يعبر به الحنفية أما الأئمة الثلاثة فيعبرون عن هذا المعنى بعبارة المال المحترم ، ويشترط الزيدية أن يكون المال مما يجوز تملكه والظاهريون يعبرون بمثل هذا التعبير فيقولون مال له قيمة ومال لاقيمة له (٢) وكل هذه العبارات تؤدى معنى واحداً

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ - المغنى ج ١٠ ص ٢٨٢ - كشاف القناع ج ٤ ص ٧٧ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٥
(٢) المحلى ج ١١ ص ٣٢٤

ويشترط أبو حنيفة فوق شرط التقوم أن يكون الشيء المسروق مما يتموله الناس ويعدونه مالا يضنون به ، لأن ذلك يشعر بعزته وخطره عندهم فإن كان مما يتموله الناس فهو تافه وحقير وحجته في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها « لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله في الشيء التافه »(١)

ويجعل أبو حنيفة التفاهة شبهة في المال تدرأ الحد عن سارقه وتوجب التعزير بدلا من القطع ويترتب على رأيه هذا أن لا قطع في التبن والحشيش والقصب والحطب وأشباهها ، لأن الناس لا يتمولون هذه الأشياء عادة ولا يضنون بها لعدم عزتها وقلة خطرها ويعدون الضن بها من باب الخساسة فهذا مصدر تفاهتها ، كذلك لا قطع عند أبي حنيفة في سرقة التراب والطين والحصى والملح والفحار وما شابهها لتفاهتها(٢)

ويعتمد أبو حنيفة على عرف الناس وعاداتهم في بيان الشيء التافه من الشيء غير التافه ، على أنه يسلم بأن الشيء التافه قد يصبح بالصناعة ذا قيمة كالقصب يصنع منه النشاب ، فإذا أخرجت الصناعة الشيء التافه عن تفاهته كان القطع واجباً في سرقته(٣)

ولكن أبا يوسف من فقهاء مذهب أبي حنيفة يرى القطع في كل مال محرز تبلغ قيمته نصاباً إلا التراب والسرجين وفي رواية أخرى عنه إلا في الماء والتراب والطين والحصى والمعازف لأن السارق يسرق مالا متقوماً من حرز لا شبهة فيه ودليل المالية والتقوم هو أولا جواز بيع المال وشرائه وهو ثانياً وجوب ضمان القيمة على غاصب المال ، فكل ما جاز بيعه وشراؤه ووجب على غاصبه ضمانه فهو مال متقوم يقطع فيه إذا سرق من حرزه

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٧
(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٧ ، ٦٨ — شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٢٦
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٢ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٨
(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧

ويرى أبو حنيفة ومعه محمد من فقهاء المذهب أن كل ما يوجد جنسه تافها ومباحاً فلا قطع فيه ، لأن كل ما كان كذلك فلا عز له ولا خطر ولا يتموله الناس. ولكن غيرهما من فقهاء المذهب يرون الاعتماد على التفاهة دون الإباحة لأن الذهب والفضة واللآلىء والجواهر مباحة الجنس ولا شك أن فيها القطع (١)

ويرى أبو حنيفة أن لا قطع فى سرقة ميتة أو جلدها لانعدام المالية أى لأنها لا تعتبر مالا ، ولا فى سرقة كلب لاختلاف العلماء فى ماليته ، ولا فى أدوات اللاهى من طبل ودف ومزمار ونحوها لأن هذه الأشياء مما لا يتموله الناس عادة أو لأن فى ماليتها قصور لكراهة الاشتغال بها (٢)

وعند أبى حنيفة أن لا قطع فى سرقة طير ولا صيد وحشياً كان أو غيره ولا فيما علم من الجوارح كالبازى والصقر لأن الطيور والوحوش مباحة الأصل ولا يتم إحرازها فى الناس عادة ولأنها تأتى عن طريق الاصطياد وهو مباح فضلا عن أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم «الصيد لمن أخذه» يورث شبهة والقطع يندرىء بالشبهة كذلك فإن الرسول قال « لا قطع فى الطير » (٣)

كذلك يرى أبو حنيفة أن لا قطع فيما لا يحتمل الادخار ويتسارع إليه الفساد ولا يبقى من سنة إلى سنة . فلا قطع عنده فى سرقة الطعام الرطب والبقول والفواكه الرطبة واللحم والخبز والرياحين وما أشبه ، ولا قطع فى سرقة شطرنج ذهب أو فضة أو صليب أو صنم لأنه يتأول أن السارق يأخذها لكسرها ، أما الدراهم التى عليها تماثيل فيقطع فيها لأنها لا تعتبر عادة فلا تأويل له فى الأخذ للنهى عن العبادة (٤) .

لأن ما لا يحتمل الادخار يقل خطره عند الناس فيعتبر تافهاً ولا قطع عند

(١) شرح فتح القدير ح ٤ ص ٢٢٦ ـ بدائع الصنائع حـ ٧ ص ٦٩
(٢) شرح فتح القدير حـ ٤ ص ٢٣٢ ـ بدائع الصنائع حـ ٧ ص ٦٧
(٣) بدائع الصنائع حـ ٧ ص ٦٨ ـ شرح فتح القدير ح ٤ ص ٢٢٧ ، ٢٣٢
(٤) بدائع الصنائع حـ ٧ ص ٧٢ ـ شرح فتح القدير حـ ٤ ص ٢٣٠ ، ٢٣١

أبى حنيفة فى سرقة المصحف وكتب الأحاديث واللغة والشعر لأنها تدخر للقراءة لا للتمول ويقصد منها الوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين والدنيا والعمل به ولكن أبا يوسف يرى القطع فى هذه جميعاً كلما بلغت نصابا لأن الناس يدخرونها ويعدونها من نفائس الأموال ، أما دفاتر الحساب والدفاتر البيضاء فلا خلاف فى المذهب على أن فيها القطع إذا بلغت نصابا لأن المقصود فيهـا هو الورق الأبيض [(١)]

ويرى أبو حنيفة أن لا قطع فى سرقة ما يتبع ما لا قطع فيه كالحلية على المصحف تبلغ نصابا وكسرقة آنية فيهـا خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب ولكن أبا يوسف يخالفه ويرى القطع وهو مذهب مالك والشافعى [(٢)]

ولكن أبا يوسف من فقهاء المذهب يخالف أبا حنيفة ويرى القطع فيما لا يحتمل الادخار ويتسارع إليه الفساد لأن السرقة وقعت على مال متقوم فيه حرز لا شبهة فيه ودليل المالية والتقوم هو جواز البيع والشراء فى المال ووجوب ضمان القيمة على غاصبه ومتلفه [(٣)]

ويطبق أبو حنيفة المبدأ السابق تطبيقاً واسعاً فيرى أن سرقة الثمار المعلقة فى أشجارها أو نخيلها لا قطع فيها ولو كانت محرزة بحائط أو حافظ لأن الثمر ما دام فى شجره يتسارع إليه الفساد فإذا قطع الثمر ووضع فى جرن ثم سرق بعد ذلك فإن كان قد استحكم جفافه ففيه القطع لأنه صار قابلا للادخار ولا يتسارع إليه الفساد بالجفاف ، وإن لم يكن استحكم جفافه فلا قطع فيه لأنه مما يتسارع إليه الفساد ولا يقبل الادخار بحالته الراهنة ، ويستعين أبو حنيفة فى تأييد رأيه بقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا قطع فى ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين فإذا آواه ففيه ثمن المجن ففيه القطع »

---

(١) بدائع الصنائع حـ ٧ ص ٦٨

(٢) شرح فتح القدير ح ٤ ص ٢٢٩ ، ٢٣١

(٣) بدائع الصنائع حـ ٧ ص ٦٩ — شرح فتح القدير حـ ٤ ص ٢٢٧

والمحصولات الزراعية كالقمح والشعير والذرة هي بمنزلة الثمر المعلق عند أبي حنيفة فلا قطع فيها حتى يؤويها الجرين ويستحكم جفافها وهذا يتفق مع ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم من أنه سئل عن الثمر المعلق فقال « من أصاب منه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن أخرج بشيء منه فعليه غرامة مثله ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع » (١)

والفاكهة اليابسة التي تبقى من سنة إلى سنة فيها القطع عند أبي حنيفة فإن لم تكن تبقى من سنة إلى سنة فلا قطع فيها لأنها تعتبر مما لا يقبل الادخار ويتسارع إليه الفساد

ولا يقطع أبو حنيفة في السمك طريا كان أو مالحاً ، لأن الطرى يتسارع إليه الفساد والمالح مال تافه مباح الأصل ، ولا يقطع كذلك في اللبن لأنه يتسارع إليه الفساد ولكنه يقطع في الخل لأنه لا يتسارع إليه الفساد ، ويقطع في الذهب والفضة والجواهر واللآلىء وفي الحبوب الجافة كلها وفي الطيب والعود والمسك وما أشبه ، ويقطع في الكتان والصوف وما أشبه ، كما يقطع في الحديد والنحاس والرصاص وما أشبه ، سواء كانت آنية أو مادة خاما وهكذا نستطيع أن نبين أن أبا حنيفة يعول في عدم القطع على شيئين أولهما التفاهة وعدم المالية، وتعتبر الشيء تافهاً عند أبي حنيفة إذا كان مما لا يتموله الناس كالميتة أو كان مما لا يضن به الناس لعدم عزته وقلة خطره عندهم كالتبن والحطب أو كان مما يتسارع إليه الفساد ولا يحتمل الادخار من سنة إلى سنة ثانيهما : عدم التقوم فكلما كان المال متقوماً بصفة مطلقة وغير تافه ففيه القطع فإذا لم يكن متقوماً فلا قطع فيه كالخمر والخنزير فلا قطع فيهما لعدم التقوم (٢)

ويلاحظ أن إباحة الجنس في ذاتها لا تمنع من القطع إذا لم يكن المال تافهاً كالذهب والفضة فكلاهما مباح الأصل ولكنه لما لم يكن تافهاً وجب فيه القطع

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص٢٢٧ ، ٢٢٨ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٩

(٢) بدائع الصنائع ص ٦٩ ، ٧

أما إذا كان للمال تافهاً كالسمك واللحم فلا قطع فيه لتفاهته فالعبرة في القطع وعدمه بالتفاهة وليست بإباحة الجنس ، وهذا هو الرأي الراجح في مذهب أبي حنيفة (١)

ولا يرى فقهاء المذاهب الأخرى رأي أبي حنيفة في أن التفاهة تمنع من القطع والقاعدة العامة عندهم أن كل ما يمكن تملكه ويجوز بيعه وأخذ العوض عنه يجب القطع في سرقته (٢) ولكنهم اختلفوا في تطبيق هذه القاعدة وسنبين فيما يلي حدود هذا الاختلاف ، فمالك يرى القطع في كل مال أياً كان ولو كان محقراً في نظر الناس كالماء والحطب ونحو ذلك مما أصله مباح للناس لأنه متمول يجوز تملكه ويجوز بيعه وأخذ العوض عنه ويستوي بعد ذلك أن يكون مباحاً للناس أو غير مباح مادام المجني عليه قد حازه في حوزه الخاص كما يستوي أن يكون معرضاً للفساد أو غير معرض (٣)

ويرى مالك القطع في سرقة الجوارح طيوراً أو سباعاً إذا بلغت قيمة أحدها النصاب ولو كانت لا تبلغ هذه القيمة إلا لتعليمها الصيد لأن تعليم الصيد منفعة شرعية فإذا لم تكن معلمة فالقطع إذا بلغت قيمة لحم الطير وريشه النصاب، وإذا بلغت قيمة جلد السبع النصاب ولا تراعى قيمة لحم السبع لكراهته أو للقول بحرمته وعلى هذا فسارق جلد السبع يقطع وسارق لحمه فقط لا يقطع (٤)

ويرى القطع في جلد الميته سواء كانت الميتة مما يؤكل أو لا يؤكل، ولكن بعد الدبغ ويشترط أن يزيد الدباغ في قيمة الجلد نصابا وإلا فلا قطع (٥)

ولا يرى مالك القطع في الطيور الخسة كالبلبل والببغاء وأشباههما إلا إذا كان لحمها وريشها يساوي نصابا فإن كانت لا تساوي النصاب إلا لإجادتها فلا قطع لأن الإجادة ليست منفعة شرعية (٦)

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٦
(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٧ (٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٥
(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٥ (٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٥
(٦) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٦

ولاقطع عند مالك فى مال غير محترم كالخمر ولحم الخنزير ولو سرقها ذمى مهما بلغت قيمتها ، وكأدوات الملاهى فلا قطع فيها إلا إذا بلغت قيمتها نصابا بعد كسرها (١)

ولاقطع فى سرقة الكلب معلماً أو غير معلم مهما بلغت قيمته لحرمة ثمنه .

ولا قطع فى الثمر المعلق عند مالك ولا فى الزرع قبل حصده فإذا جد الثمر وحصد الزرع فلا قطع فى السرقة إلا إذا وضع فى الجرين على رأى أو كدس أكواماً بعد حصده حتى يصير كالشىء الواحد .

وإذا كانت الثمار فى بستان عليه حائط وله غلق فسرق منها وهى لاتزال معلقة فى الشجر ففيها القطع على رأى ولاقطع فيها على رأى آخر ، والقائلون بالقطع يحتجون بأن الثمار أصبحت فى حرز ، وإذا كانت الشجرة المثمرة فى داخل الدار فالسرقة من ثمرها المعلق ، فيها القطع بلا خلاف لأن السرقة من حرز (٢)

وإذا سرق ماليس فيه قطع حالة كونه متصلا بما فيه القطع اعتبرت قيمة مافيه القطع ، فإذا بلغ نصابا قطع السارق كسرقة الخمر فى إناء من الذهب ، فالخمر لاقطع فيها ولكن إناء الذهب فيه القطع إذا بلغت قيمته بدون الخمر نصابا (٣)

ويقطع مالك فى سرقة المصحف لأنه مال مملوك ويجوز بيعه (٤) أما الشافعى فمذهبه لايكاد يختلف شيئاً عن مذهب مالك إذ يرى القطع فى كل مال ولو كان محقراً كالحطب والحشيش والتراب وملح الأصل كالصيد والطير والماء أو معرضاً للتلف كالطعام والثمار والفاكهة

ويرى القطع فى المصحف والكتب العلمية والأدبية النافعة المباحة فإذا لم تكن مباحة قوم ورقها وجلدها فإن بلغا نصاباً قطع به السارق (٥)

ولا يقطع الشافعى فى مال غير محترم أى غير متقوم كالخمر والخنزير والكلب

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ (٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٥

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ (٤) المدونة ج ١٦ ص ٧٧

(٥) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١

وجلد الميتة قبل دبغه (١) ولا يقطع الشافعي في الثمر المعلق حتى يؤويه الحرز فإذا آواه الحرز ففيه القطع ، ويقطع الشافعي في آلات اللهو وفي آنية الذهب والفضة إذا بلغت قيمة المسروق نصابا بعد كسره أو إفساده (٢) . وإذا سرق السارق ما لا قطع فيه متصلا بما فيه قطع اعتبرت قيمة مافيه القطع دون مالا قطع فيه (٣)

والقاعدة في مذهب أحمد أن القطع واجب في كل مال بغض النظر عما إذا كان تافها أو مباح الأصل أو معرضا للتلف ولكنهم يستثنون من هذه القاعدة.

١ ـ الماء فسرقة الماء لاقطع عليها لأنه مما لا يتمول عادة أى أنه لايباع ولا يشترى في العادة

٢ ـ الكلأ والملح وفيهما خلاف فبعض فقهاء المذهب يرون القطع فيهما لأنهما مما يتمول عادة والبعض لا يرى القطع فيهما لأنهما مما ورد الشرع باشتراك الناس فيه

٣ ـ الثلج ويرى البعض القطع فيه لأنه يتمول عادة ، ويرى البعض أن لاقطع فيه لأنه ماء جامد فيأخذ حكم الماء

٤ ـ التراب وحكمه أنه إذا كانت تقل الرغبات فيه كالذى يعد للتطيين والبناء فلا قطع فيه لأنه لايتمول وإن كان مما له قيمة كثيرة كالطين الأرمنى الذى يعد للدواء أو الغسل أو الصبغ احتمل وجهين أحدهما لا قطع فيه لأنه من جنس مالا يتمول أشبه بالماء والثانى فيه القطع لأنه يتمول عادة و يحمل إلى البلدان للتجارة فأشبه العود الهندى ، ولكن مايصنع من التراب كاللبن والفخار ففيه القطع لأنه يتمول عادة

٥ ـ السرجين لاقطع فيه لأنه إن كان نجساً فلا قيمة له وإن كان طاهراً

(١) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٩ ـ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٤٢١
(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ ـ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٤٢١
(٣) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٩ ـ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٤٢١

فلا يتمول عادة ولا تكثر الرغبات فيه[1] ويقطع الشافعي ومالك في السرجين الطاهر وفي كل الأشياء السابقة أما أبو حنيفة فلا يقطع في شيء منها

٦ – المصحف · يرى البعض أن لا قطع في سرقته وهو قول أبي حنيفة لأن المقصود منه مافيه من كلام الله وهو مما لايجوز أخذ العوض عنه ، ويرى البعض وجوب القطع لأنه مال متقوم وهو رأى مالك والشافعي وإذا كان المصحف محلى بحلية تبلغ نصاباً وحدها فبعض من لايرى القطع بسرقة المصحف لايقطع في الحلية لأنها تابعة لما لايقطع في سرقته وبعضهم يرى القطع لأنه سرق نصاباً من الحلى فوجب قطعه كما لو سرقه منفرداً ولا خلاف في مذهب أحمد على القطع في سرقة كتب الفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية[2]

٧ – الثمر والكثر · فلا قطع في الثمار المعلقة ولا في سرقة الكثر وهو جمار النخل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا قطع في ثمر ولا في كثر » وإذا أحيط البستان بسور فلا قطع فيما سرق منه لكن إذا كانت نخلة أو شجرة في دار محرزة فسرق من ثمارها نصابا ففيه القطع لأنها سرقة من حرز[3]

٨ – سرقة المحرم وأدوات اللهو لاقطع في سرقة محرم كالخمر والخنزير والميتة ونحوها سواء كان السارق مسلماً أو ذمياً ، وأما آلات اللهو كالطنبور والمزمار والشبابة فلا قطع فيها وإن بلغت قيمتها بعد كسرها نصابا لأنها آلة للمعصية بالإجماع فلا يقطع في سرقتها كالخمر ولأن له حقاً في أخذها لكسرها فكان ذلك شبهة تمنع القطع فإن كانت عليها حلية تبلغ نصابا فلا قطع فيها على رأى وفيها القطع على رأى آخر

وإذا سرق صليبا من ذهب أو فضة فلا قطع فيه على رأى وهو متفق مع مايراه أبو حنيفة وفيه القطع على رأى آخر وهو مذهب مالك والشافعي والمعروض أن تكون قيمة الصليب بعد كسرها نصابا فإن كانت أقل من

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٤٧ (٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٤٩
(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣

النصاب فلا خلاف فى المذهب على عدم القطع

وإن سرق آنية من الذهب أو الفضة قيمتها نصاب بعد الكسر ففيها القطع وإذا اتصل بالاقطع فيه بما فيه القطع فى المذهب رأيان . الأول لاقطع فيها ولو بلغ نصابا وحده لأنه تابع لما لاقطع فيه وهو مذهب أبى حنيفة والرأى الثانى فيه القطع إذا بلغ نصابا وحده وهو مذهب مالك والشافعى(١)

ومذهب الشيعة الزيدية قريب من مذهب مالك والشافعى فعندهم أن المال المسروق يعاقب عليه بالقطع إذا كان مما يجوز للمجنى عليه تملكه فى الحال فإذا لم يكن يجوز له أن يتملكه كالخمر والخنزير والكلب والميتة وغيرها فلا قطع فيه إذا سرقه من مسلم أما إذا سرقه من ذمى فلا قطع إذا سرقه من بلد ليس للذمى سكناه فإذا سرقه من بلد لهم سكناه فهناك خلاف فى القطع(٢)

ويرى الزيديون أن لاقطع فى سرقة النابت أو فى أخذه من منبته ولافرق بين أن يكون شجرا أو زرعا(٣)

ومذهب الظاهريين على القطع فى سرقة المال أيا كان سواء كان تافها أو مباح الأصل أو معرضا للتلف وهم يرون القطع فى سرقة كل ثمر وكل كثر مطلقا كان فى شجره أو محروزاً أو فى حرز أوفى غير حرز ويرون القطع فى كل طعام كان مما يفسد أو لايفسد ويرون القطع فى الزرع إذا أخذ من فدانه أو هو بأندره(٤)

ويرى الظاهريون القطع فى سرقة الطير كلما كان مملوكاً للمجنى عليه وفى سرقة الصيد كلما تملكه المجنى عليه(٥)

(١) المغنى ح ١٠ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ — كشاف القناع ح ٤ ص ٧٨
(٢) شرح الأزهار ح ٤ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦
(٣) شرح الأزهار ح ٤ ص ٣٦٩
(٤) المحلى ح ١١ ص ٣٣٢ (٥) المحلى ح ١١ ص ٣٣٣ ، ٣٤٣ .

ويرون القطع على من سرق مصحفا أو كتبا من كتب العلوم[1]

ويرون القطع على من سرق صليبا أو فضة أو ذهبا ومن سرق دراهم فيها صور وأصنام إذا بلغت قيمتها نصابا بعد الكسر[2].

ولكن الظاهريين لايرون القطع في سرقة الخمر والخنزير وأما الميتة فيقطعون فيها لأن جلدها باق على ملك صاحبها يدبغه فينتفع به ويبيعه[3] والظاهر من هذا أن الظاهريين يرون مايراه مالك والشافعي من قطع السارق إذا سرق مايجب فيه القطع متصلا بما لايجب فيه القطع.

٦٠٨ ـ ثالثا ـ أن يكون المال محرزاً يشترط جميع فقهاء الأمصار الذين تدور عليهم الفتوى أن يكون المال محرزاً لوجوب القطع في سرقته ولا يخالفهم في ذلك إلا الظاهريون وطائفة من أهل الحديث حيث يرون القطع على السارق إذا سرق نصابا ولو من غير حرز وأن اشتراط الحرز باطل بيقين لاشك فيه وشرع لما يأذن الله تعالى به[4]

والأصل في اشتراط الحرز عند من يشترطه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رافع بن خديج أنه قال « لا قطع في ثمر ولا كثر » رواه الخمسة وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الثمر المعلق فقال « من أصاب منه بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثليه والعقوبة ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع » رواه النسائي وأبو داود وفي رواية قال سمعت رجلا من مزينة يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحريسة التي توجد في مراتعها قال « فيها ثمنها مرتين وضرب نكال وما أخذ من عطنه ففيه القطع إذا بلغ مايؤخذ من ذلك ثمن المجن » قال يارسول الله فالثمار وما أخذ منها في أكمامها قال « من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء ، ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب نكال وما أخذ من أجرانه ففيه القطع إذا بلغ مايؤخذ

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٣٧ (٢) المحلى ج ١١ ص ٣٣٨

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣٣٠ (٤) المحلى ج١١ ص ٣٣٧ ـ بداية المجتهد ج٢ ص ٣٧٥

من ذلك ثمن المجن » رواه أحمد والنسائى ولابن ماجة معناه وزاد النسائى فى آخره « وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال[1] »

ويرى جمهور الفقهاء أن رسول الله منع القطع فى الثمر المعلق وحريسة الجبل حتى إذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن وأنه عليه السلام علق القطع بإيواء المراح والجرين والمراح حرز الإبل والبقر والغنم والجرين حرز الثمر فدل ذلك على أن الحرز شرط فى القطع وفوق هذا فإن ركن السرقة هو الأخذ على سبيل الاستخفاء والأخذ من غير حرز لا يحتاج إلى استخفاء فلا يتحقق ركن السرقة كذلك فإن القطع وجب لصيانة الأموال على أربابها قطعاً لأطماع السراق عن أموال الناس والأطماع إنما تميل إلى ماله خطر فى القلوب وغير المحرز لاخطر له فى القلوب عادة فلا تميل الأطماع إليه فلا حاجة إلى صيانته بالقطع[2]

٦٠٩ – ومن المتفق عليه أن الحرز نوعان

١ – حرز بالمكان وحرز بغيره وهو عند مالك أما عند أبى حنيفة فحرز المكان هو كل بقعة معدة للأحراز ممنوعة الدخول فيها إلا بإذن كالدور والحوانيت والخيم والفساطيط وزرائب المواشى والأغنام ويشترط أبو حنيفة فى الحرز بالمكان أن يكون مكانا مبنيا سواء كان بابه مغلقا أم مفتوحا وسواء كان له باب أم لا ، لأن البناء يقصد به الأحراز كيفما كان[3]

ولا يشترط مالك أن تكون المرابط والزرائب والجرون والمراح مبنية أو مسورة بل تعتبر حرزاً بمجرد إعداد المكان لحفظ المال أو الاعتياد على حفظ

(١) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٣٩

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٣ – أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٤١ – المغنى ج ١٠ ص ٢٤٩ – شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٩٨

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ – شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٦

للمال فيه دون حاجة لإحاطة المكان فيه ببناء أو سور أو ما أشبه[١]

أما عند الشافعى وأحمد فالحرز بالمكان هو كل مكان مغلق معد لحفظ المال داخل العمران كالبيوت والدكاكين والحظائر[٢]

لحرز المكان لا يكون كذلك عندهما إلا إذا توفرت فيه شروط أولها أن يكون فى العمران فإن كان المكان خارج عمارة البلدة أو القرية أو منفصلا عن مبانيها ولو ببستان فهو ليس حرزاً بالمكان الثانى أن يكون مغلقا فإذا كان بابه مفتوحا أو ليس له باب أو كان بحائطه نقب أو تهدم جزء منه فهو ليس حرزاً ، ولا يشترط أن يكون المكان مبنيا بالحجارة أو اللبن بل يكفى أن يكون بحالة تتفق مع المتعارف عليه وما جرت به العادة فالمسكن تبنى من الحجارة أو الطين أو الخشب والحظيرة قد تبنى من الطين أو الخشب أو القصب أو الحطب[٣]

والحرز بالمكان عند الشيعة الزيدية هو كل مكان محصن كالبيت والمربد والمراح بحيث يمنع الخارج من الدخول وإن لم يمنع الداخل من الخروج ويكفى لاعتبار المكان محصنا أن يكون عليه جدار أو خيام أو زرب أو قصب أو بيت شعر ويجوز أن يكون حوله خندق على رأى ويجب أن يكون له باب فإذا كان كذلك فهو حرز بنفسه فإذا لم يكن عليه باب فلا يكون حرزا إلا بحارس[٤]

٢ ـ حرز بالحافظ أو حرز بغيره . هو عند أبى حنيفة كل مكان غير معد للإحراز يدخل إليه بلا إذن ولا يمنع منه كالمساجد والطرق وحكمه حكم الصحراء إن لم يكن هناك حافظ أى أنه لا يعتبر حرزاً فإن كان هناك حافظ فهو حرز ولهذا سمى حرزاً بغيره حيث تتوقف صيرورته حرزاً على وجود غيره وهو الحافظ[٥]

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٨ ، ١٠٠ ـ المدونة ج ١٦ ص ٧٩ ـ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٥ (٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٠ وما بعدها ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٨١ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٢ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٤٩ ، ٢٥٢ كشاف القناع ج ٤ ص ٨١ ، ٨٢

(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٥ (٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣

فمن تعطلت سيارته فى الطريق العام فتركها بلا حافظ عندها فهى فى غير حرز وإن ترك عندها من يحفظها فهى فى مكان محرز بالحافظ ، والمسجد ليس مكانا معدا لحفظ المال ولا يتوقف الدخول فيه على إذن ما فلا يعتبر حرزاً بنفسه إلا فيما يتعلق بالأشياء اللازمة له كالحصر والقناديل وما أشبه فمن دخله للصلاة ومعه متاع فوضعه بجواره فإن المتاع يكون محرزاً بالحافظ فإذا تركه صاحبه فى المسجد فسرق فلا قطع فيه لأن المسجد ليس حرزاً بنفسه ولأن الحافظ لم يكن موجوداً وقت السرقة فلم يكن المتاع محرزاً أما إذا سرق المتاع فى حالة وجود الحافظ فالقطع واجب فى السرقة إذا توفرت أركانها ومن الأمثلة على ذلك حادثة صفوان فقد كان نائما فى المسجد يتوسد رداءه فسرقه سارق فقطع الرسول يده أما مالك والشافعى وأحمد فيرون أن الحرز بالحافظ هو كل مكان محرز بالحافظ سواء كان معداً لأحراز المال كالبيوت أو غير معد لحفظ المال كالمساجد والطرق والصحراء[1]

ويرى أبو حنيفة أن ما يعتبر حرزاً بنفسه لا يشترط فيه وجود الحافظ لصيرورته حرزاً ولو وجد فلا عبرة لوجوده بل هو والعدم سواء ، ذلك أن كل واحد من الحرزين معتبر بنفسه على حياله بدون صاحبه فإذا سرق شخص من حرز بالمكان قطع سواء أكان ثمة حافظ أم لا وسواء كان الحرز له باب مغلق أم لا باب له ، وإذا سرق من حرز بغيره قطع إذا كان الحافظ قريباً منه بحيث يراه سواء كان الحافظ نائماً أم مستيقظاً لأنه يقصد الحفظ فى الحالين ، ويرتب أبو حنيفة على اعتبار كل حرز بنفسه نتيجة هامة هى أن الحرز بالمكان إذا اختل « وهو لايختل عنده إلا بالإذن للسارق فى دخول الحرز » فلا يمكن اعتباره حرزاً بالحافظ ولو كان فى الحرز حافظ فعلا[2]

أما الأئمة الثلاثة فلا يرون اعتبار كل حرز بنفسه ويجوز عندهم أن يكون

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٥١ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٣ ـ شرح الزرقانى ص ١٠١ ، ١٠٣

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ ، ٧٤

الحرز فى وقت واحد حرزاً بالمكان وفيه حافظ فإذا اختل الحرز بالمكان كان حرزاً بالحافظ ومثل ذلك أن يؤذن لشخص بدخول بيت فيسرق أمتعته عليها حافظ فيقطع لأن مكان السرقة وإن لم يكن حرزاً بنفسه فهو حرز بالحافظ[1] على أننا يجب أن نلاحظ أن الأئمة الثلاثة لا يتفقون على ما يخل بحرز المكان فمالك يرى أن حرز المكان لا يختل إلا بالإذن للسارق بدخول الحرز وهو رأى أبى حنيفة[2].

والظاهر أن الشيعة الزيدية ترى رأى الشافعى وأحمد فى أن الحرز يبطل بفتح الباب وبالنقب وبالإذن[3]

أما الشافعى وأحمد فيريان أن الإذن بالدخول والنقب وفتح الباب كل منها يخل بحرز المكان ويجعله غير حرز ما لم يكن حافظ فإنه يكون حرزاً بالحافظ[4]

ويرى مالك وأبو حنيفة أن المكان يعتبر محرزاً بالحافظ كلما كان الشيء المسروق واقعاً تحت بصر الحافظ ويستوى أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً لأنه وجد للحفظ ويقصده فى الحالين[5] ولأن النائم عند متاعه يعتبر حافظاً له فى العادة ويشترط المالكية أن يكون الحافظ مميزاً فإن كان صغيراً أو معتوهاً فلا يعتبر وجوده ولا يكون الشيء محرزاً ولا يشترط الحنفية هذا الشرط ، ويستثنى المالكيون والحنفيون من هذه القاعدة سرقة الغنم فى المراعى فلا قطع على سارقها لتشتت الغنم وصعوبة حفظها أثناء الرعى على رأى المالكية ولأن

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٢ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٣ المغنى ج ١ ص ٢٥١ ، ٢٥٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ (٣) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٧ ، ٣٧٢

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٣٠٥ ، ٣٠٦ ـ أسنى المطالب جـ٤ ص ١٤٧ المغنى جـ ١٠ ص ٢٩٨ ، ٢٩٩

(٥) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١٠١ وكذلك حاشية الشيبانى ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ ـ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٨٠

الراعى لا يقصد الحفظ وإنما يقصد الرعى على رأى الحنفية[1]

ومذهب الشيعة قريب من مذهب الحنفية فهم على الرأى الراجح يعتبرون المكان محرزاً بالحافظ إذا كان ثمة حافظ سواء كان متيقظاً أو نائماً وإن كان بعضهم يشترط أن يكون يقظاناً[2]

أما الشافعى فيعتبر المكان محرزاً بالحافظ كلما كان الحافظ ممن يبالى به لقوته أو لاستغاثته بغيره بحيث إذا استغاث أسمع ويشترط فى الحافظ أن يكون من المتاع الذى يحفظه وأن يديم ملاحظته والمراد من إدامة الملاحظة أن لا يشتغل عنه بنوم ولا غيره مما يشغله عن الملاحظة والمقصود الإدامة المتعارفة فالفترات العارضة أثناء الملاحظة لا تقدح فى الأحراز على المشهور فى العرف فإذا تغفل فسرق قطع فى الأصح والمقصود من القرب أن يقع المسروق تحت نظر الملاحظ وأن يكون الشىء بحيث ينسب للملاحظ وأن يكون الملاحظ بحيث يراه السارق حتى يمتنع عن السرقة إلا متغفلا فإن كان فى موضع لا يراه السارق اعتبر المسروق غير محرز

وإذا كان الحارس ممن لا يبالى به لعدم قوته أو لعدم استغاثته كأن يكون فى صحراء فلا يسمع صوته أحد فلا يعتبر الشىء محرزاً وإذا نام الحارس فلا يعتبر الشىء محرزاً إلا إذا كان يلبس الشىء المسروق كحذاء مثلا أو عمامة أو يتوسده كحقائب أو فراش أو يتكىء عليه أو يلتف فيه

وإذا كان هناك زحام يمنع من وقوع نظر الحارس على الشىء باستمرار وفى أى وقت شاء اعتبر الشىء غير محرز[3] .

ويعتبر أحمد المكان محرزاً بالحافظ كلما وجد فيه حافظ أيا كان صغيراً أو كبيراً ضعيفاً أو قوياً ولا يشترط فى الحافظ إلا عدم التفريط كأن ينام أو يشتغل عن الملاحظة ويجب أن يكون بحيث يقع نظره على الشىء فإذا فرط فى

---

(١) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٨ ص ١٠١ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٢٧

(٣) أسنى المطالب وحاشية شهاب الرملى ص ١٤٢ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٩ وما بعدها ـ المهذب ج ٢ ص ٢٩٦

للملاحظة فلا حرز وكذلك إذا نام ما لم يكن متوسداً الشيء أو متكئاً عليه أو يلتف فيه أو يلبسه[1]

ويرى الشافعي وأحمد أن الدور المنفردة عن العمران والدور التي في البساتين والطرق والصحراء لا تعتبر حرزاً بنفسها ولو كانت حصينة وإنما تعتبر حرزاً بالحافظ إذا كان فيها أهلها أو حافظ ملاحظ سواء كانت مغلقة أو مفتوحة فإن لم يكن بها حافظ فليست حرزاً ولو كانت مغلقة فإن كان بها حافظ نائم وهي مغلقة فهي حرز بالحافظ فإن كانت مفتوحة فليست حرزاً[2]

وما يقال عن الدور ينطبق على كل الأمكنة المعدة لحفظ المال الخارجة عن العمران كالاصطبلات وحظائر المواشي والأغنام والأجران فإنها لا تعتبر حرزاً بالمكان وإنما تعتبر حرزاً بالحافظ[3]

ولقد قلنا من قبل إن الشافعي وأحمد يشترطان في الحرز بنفسه أن يكون معداً لحفظ المال دون حائط في العادة ويترتب على هذا التعريف أنهما يعتبران الخيام والمضارب وما أشبه إحرازاً بالحافظ لا بنفسها وحجتهما أن العادة جرت بأن تحرز هذه الأشياء بالحافظ وعلى هذا فإذا نصبت الخيمة وكان فيها حافظ نائم فهي محرزة به فإن لم يكن فيها نائم وكان في خارجها من يلاحظها فهي محرزة وإن لم يكن فيها ولا عندها حافظ فسرق منها شيء فقد سرق من غير حرز وهذا هو الحكم سواء ضربت الخيمة بين المساكن أو في مكان بعيد عن العمران[4]

أما مالك وأبو حنيفة فيعتبران الخيام إحرازاً بنفسها فإذا ضربت الخيمة فسرق منها شيء ففيه القطع سواء كان هناك حارس أم لم يكن[5]

(١) كشاف القناع ج ٤ ص ٨١ وما بعدها — الإقناع ج ١ ص ٢٥١ وما بعدها
(٢) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٤٣ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٩ — المغني جـ ١ ص ٢٥١ — كشاف القناع جـ ٤ ص ٨١
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣١ — أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٤٤
(٤) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٤٤ — كشاف القناع جـ٤ ص ٨١ — المغني جـ ١ ص ٢٥١
(٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٩

وعند الشيعة الزيدية أن الخيام تعتبر حرزاً بنفسها ما دامت مغطاة تحجب ما بداخلها فإذا كانت سماوية وهي التي لا سجاف لها ولا تحجب ما بداخلها فلا تكون حرزاً إلا بالحافظ[1]

وما يراه الفقهاء في اعتبار المكان حرزاً بنفسه ولو لم يكن به حافظ يتفق مع ما جاء به القانون المصري من التشديد في السرقة من البيوت المسكونة أو المعدة للسكن فقد شددت العقوبة للسرقة من هذه الأمكنة سواء كان فيها حافظ أم لا ، كذلك يتفق القانون المصري مع ما يراه مالك وأبو حنيفة من أن الحرز لا يختل بفتح الباب أو النقب وإنما يختل بالإذن بدخول الحرز فلو سرق شخص من بيت منقوب أو مفتوح الباب فقد سرق من بيت مسكون أو معد للسكن ولكنه لو سرق من مسكن أذن له بدخوله فلا يعتبر التشديد في هذه الحالة وما يراه الشافعي وأحمد في البيوت البعيدة عن العمران يقارب مما جاء به القانون المصري عن البيوت والمحلات العامة فإنها لا تعتبر من المساكن إلا إذا كان يبيت بها أحد

ويختلف الفقهاء القائلون بالحرز في حكم سرقة نفس الحرز فيرى أبو حنيفة في حالة سرقة الحرز بالمكان أن سارق الحرز أو بعضه لا يقطع لأن السرقة تقتضي الإخراج من الحرز ونفس الحرز ليس في الحرز فلا إخراج ، فمن سرق باب الدار أو حجارة من حائطها لا يسرق من حرز ولو أنه سرق نفس الحرز ومن يسرق فسطاطاً مضروباً وهو حرز بنفسه عند أبي حنيفة لا يقطع لأنه سرق نفس الحرز ولم يسرق من الحرز بعكس ما لو كان الفسطاط غير مضروب وبجواره شخص يحرسه فإن القطع يجب فيه لأن السرقة تكون من حرز بالحافظ[2].

أما الأئمة الثلاثة فيرون قطع من سرق كل الحرز أو بعضه لأن نفس الحرز معتبر محرزاً بإقامته فالحائط محرز ببنائه والباب محرز بتثبيته والفسطاط وهو

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٢
(٢) بدائع الصنائع ج ٤ ص ٧٤ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦

حرز بنفسه عند مالك محرز بإقامته فمن سرق حجارة من الحائط أو سرق باب منزل أو سرق الفسطاط المنصوب قطع فى سرقته[(١)]

أما إذا كان المال محرزاً بالحافظ فأخذ الحافظ ومعه المال كسرقة جمل نائم عليه راكبه فلا قطع فيها عند الجميع لأن يد الحافظ لم تزل عن الجمل فإذا استيقظ الحافظ بعد ذلك فالفعل اختلاس إذا أزيلت يده عن الجمل ، ويعلل أبو حنيفة المسألة بتعليل آخر وهو أن الجمل محرز بالحافظ فإذا أخذا جميعا فهو كما لو سرق أجزاء الحرز[(٢)]

أما إذا أزيل النائم عن الجمل فلم يستيقظ وأخذ الجمل فهى سرقة يقطع فيها عند أبى حنيفة ومالك وأحمد ولكن الشافعيين اختلفوا فى هذه فرأى بعضهم القطع ولم يره البعض الآخر مع أن تطبيق قواعدهم يقتضى القول بالقطع[(٣)] .

ومذهب الشيعة الزيدية يتفق مع مذهب أبى حنيفة فى هذه المسألة فهم يرون من سرق نفس الحرز لا يقطع لأنه محرز به على غيره وليس هو فى ذاته محررا فمن سرق الباب لا قطع فيه إلا إذا كان مكللا أى مركبا من داخل بحيث يصير داخل الحرز ، فإذا سرق فقد سرق من الحرز[(٤)]

والقائلون بالحرز متفقون على أن الحرز يبطل بالإذن بدخوله وأن هذا الإذن قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً إلا أنهم اختلفوا فيما يعتبر إذنا وما لا يعتبر إذناً وفيما يبطل من الحرز وما لا يبطل هذه هى آراء الفقهاء فى الحرز واختلافاتهم ويمكننا أن نستظهر آراء الفقهاء ومدى اختلاف آرائهم فى التطبيقات الآتية .

إذا كان لإنسان منزل فى وسط العمران فأذن لآخر بدخول هذا المنزل فسرق منه شيئاً فيرى أبو حنيفة أن لا قطع ولو كان فى الدار حافظ يحفظ الشىء

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٩ ـ أسنى المطالب ج٤ ص ١٤٧ ـ المغنى ج ١ ص ٥ ٢
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ ـ المغنى ج ١ ص ٢٠٣ شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ١ ١
(٣) كشاف القناع ج ٤ ص ٨١ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣
(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧

المسروق أو كان صاحب المنزل يتوسد المسروق أو ينام عليه لأن الدار حرز بنفسها فلا تكون حرزاً بالحافظ وقد خرج من أن تكون حرزاً بالإذن للسارق بدخولها فالأخذ من غير حرز ولا قطع فيه[١] .

ويرى مالك أن الإذن يخرج الدار من أن تكون حرزاً بنفسها ولكنها تكون حرزاً بالحافظ إذا كان هناك حافظ وإذن فالسرقة من حرز بالحافظ وفيها القطع ويستوى أن يكون الحافظ للشيء المسروق نائماً أو متيقظاً مادام الشيء واقعاً تحت بصره[٢]

ويرى الشافعى وأحمد مايراه مالك من أن الدار تكون حرزاً بالحافظ إذا كان هناك حافظ للشيء المسروق بشرط دوام الملاحظة على ما بينا فيما سبق فإن نام الحافظ فلا يعتبر حافظاً للشيء إلا إذا توسد الشيء أو التف به أو لبسه[٣]

ورأى الشيعة الزيدية يتفق مع رأى مالك وإن كان بعضهم يرى رأى الشافعى وأحمد[٤] ولا خلاف بين القائلين بأن الحرز يكون حرزاً بالحافظ فى أنه لو كان الشيء المسروق بعيداً عن الحافظ ولا يقع بصره عليه فإن السرقة تكون من غير حرز ، حيث أن الدار خرجت بالإذن من أن تكون حرزاً بنفسها ، ولأن الشيء المسروق لم يكن محرزاً بحافظ ، ويمكننا أن نقيس على المثل السابق كل حرز آخر مما يعتبر حرزاً بنفسه

وإذا أذن إنسان لآخر بدخول منزله البعيد عن العمران ، فالحكم عند أبى حنيفة لايختلف عن الحالة السابقة لأن البيت حرز بنفسه ولا فرق عند أبى حنيفة بين أن يكون داخل العمران أو خارجه ولأن الحرز يبطل بالإذن عند أبى حنيفة ولو كان فيه حافظ ولأن وجود الحافظ فى حرز بنفسه لا اعتبار

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ ، ٧٤ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠١ ، ١٠٤

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ ، ١٤٧ — المغنى ج ١٠ ص ٢٥ ، ٢٥١

(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧

له ، والحكم عند مالك لا يختلف عن الحالة السابقة لأنه لا يفرق بين المنازل الداخلة فى العمران والخارجة عنه فالبيت حرز بنفسه فى كل حال وإذا بطل الحرز بالإذن فهو حرز بالحافظ كلما وجد الحافظ ، أما عند الشافعى وأحمد فالبيت لا يعتبر أصلا حرزاً بنفسه لبعده عن العمران ، فالإذن بدخوله كعدم الإذن لا أثر له ، ولا يقطع فى السرقة من مثل هذا البيت إلا إذا كان ثمة حافظ على التفصيل الذى سبق بيانه عندما تعرضنا للحافظ والبيوت الخارجة عن العمران ، والخلاصة أن البيت البعيد عن العمران لا يعتبر عند الشافعى وأحمد حرزاً بنفسه بأى حال وإنما يعتبر حرزاً بالحافظ إذا وجد الحافظ[1]

ورأى الشيعة الزيدية فى هذه المسألة يتفق مع رأيهم فى المسألة السابقة لأنهم لا يفرقون بين ما دخل فى العمران وما خرج عنه وإذا أذن للسارق إذناً خاصاً فى دخول الدار الكائنة فى العمران وكان فيها غرف مقفلة أو خزائن مغلقة فسرق من هذه الغرف المقفلة أو من الخزائن فيرى أبو حنيفة أن لا قطع على السارق ما دام المكان المسروق منه جزءاً من الدار المأذون فى دخولها لأن الدار الواحدة حرز واحد ، والإذن بدخول بعض الحرز وهو إذن بالدخول فى الحرز ، فإذا سرق من مكان مغلق فقد سرق من مكان مأذون له فى دخوله وقد بطل بالإذن أن يكون حرزاً فالسرقة من غير حرز ولو كان هناك حافظ[2] ورأى الشيعة الزيدية تتفق مع رأى أبى حنيفة[3] إلا إذا كان حافظ فيجب القطع

وفى مذهب مالك رأيان أحدهما يرى عدم القطع لأن الإذن يبطل الحرز والثانى يرى القطع على أن أصحاب الرأى الأول يرون القطع إذا كان ثمة حافظ[1]

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٣ ــ كشاف القناع ج ٤ ص ٨١ ــ نهاية المحتاج ص ٤٢٩ ــ المغنى ج ١ ص ٢٥١

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ (٣) شرح الأزهار ج ٧ ص ٣٧٢

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ وحاشية الشيبانى ص ٣ ١ ، ٤ ١

أما الشافعى وأحمد فيريان قطع السارق ولو لم يكن هناك حافظ لأن الإذن لا يبطل الحرز فيما هو مغلق ولم يصرح للسارق بدخوله وعلى هذا فإن الإذن إذا أبطل بعض الحرز فإنه لا يبطل البعض الآخر وفرق أحمد فى حالة حصول السرقة من ضيف بين ما إذا كان للضيف قد منع قراه أم لا فإن كان منعه قراه فسرقه بقدره فلا قطع عليه وإن لم يمنعه قراه فعليه القطع[(١)]

ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب مالك والشافعى[(٢)]

أما إذا كانت الدار خارج العمران فلا يختلف الحكم عند أبى حنيفة ومالك والشيعة الزيدية أما عند الشافعى وأحمد فلا يقطع السارق إلا إذا كان هناك حافظ لأن الدار لا تعتبر عندهما حرزاً بنفسها وإنما تعتبر حرزاً بالحافظ وإذا كان المكان للمسروق منه معداً لحفظ المال ومما يؤذن للناس بدخوله إذناً عاماً كبيت طبيب يقابل فيه مرضاه أو عالم يحاضر فيه الجمهور فسرق السارق من مكان محجور عن العامة وغير مسموح بدخوله فالحكم على التفصيل السابق بيانه فى البيوت المأذون بدخولها إذناً خاصاً إلا أنهم فى مذهب مالك يرون رأياً واحداً دون خلاف وهو قطع السارق ولو لم يكن حافظاً وينبغى أن نعلم أن ذلك هو حكم السرقة الحاصلة فى وقت الإذن فإن حصلت فى وقت غير مأذون فيه بالدخول فعقوبتها القطع حتى عند أبى حنيفة[(٣)]

والمحلات العامة التجارية والمحلات المعدة لحفظ المال كالمحلات التجارية والفنادق والمطاعم وما أشبه، إذا سرق منها أثناء العمل فيها أى أثناء الإذن بالدخول فلا قطع فى السرقة فى رأى أبى حنيفة ولو كان على المسروقات حارس أما إذا كانت السرقة فى وقت غير مأذون فيه بالدخول كأن كانت بعد غلق المحل أو فى الليل ففيها القطع[(٤)] ويرى مالك والشافعى وأحمد القطع إذا كانت السرقة فى وقت

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٦ ، ١٤٩ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٥٧

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٢ (٣) تراجع المراجع السابقة

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٢ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤

الإذن وكان ثمة حافظ فإذا لم يكن حافظ فلا قطع إلا إذا حصلت في غير وقت الإذن ، ويرى مالك والشافعي القطع فيما يسرق من أبنية المحلات التجارية وقت الإذن ولو لم يكن عليها حافظ خاص لأنها تحفظ عادة بأعين الجيران وملاحظتهم فتعتبر محرزة بالحافظ[1]

ويعتبر الفقهاء الحمام من المحلات المعدة لحفظ المال فهو حرز بنفسه فإذا سرق منه وقت الإذن بالدخول فلا قطع من السرقة ولو كان هناك حافظ على رأى أبي حنيفة ، وفي السرقة القطع إذا كان هناك ثمة حافظ على رأى الشافعي وأحمد ، أما مالك فيرى القطع إذا دخل السارق وقت الإذن إذا دخل بقصد السرقة ولو لم يكن هناك حافظ فإن لم يقصد السرقة ثم سرق قطع إذا كان حارس[2]

وإذا كان المحل غير معد لحفظ المال كالمساجد فيرى أبو حنيفة أنه [illegible] رز بالحافظ ولا يكون حرزاً بنفسه حتى فيما يلزم بالضرورة لأداء الغرض الذي أنشىء من أجله المحل ، كحصر المسجد وقناديله وما فيه من ثريات كهربائية أو ستائر أو أبسطة أو مصاحف كل ذلك إذا سرق فلا قطع فيه إلا إذا كان حافظ لأن المسجد لم يعد أصلا لحفظ المال ، وإذا دخل أحد المصلين المسجد وترك أمتعته دون ملاحظة فلا قطع في سرقتها لأنها سرقت من غير حرز أما إذا كان يلاحظها فسرقت منه ففي السرقة القطع لأن السرقة من حرز بالحارس ولقد حاول بعض الحنفيين أن يعلل عدم القطع في سرقة أدوات المسجد بأنها مال موقوف لا مالك له ولكن الرأى الراجح أن عدم القطع [illegible] لانعدام الحرز[3]

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٩ — شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٩٩ ، ١٠٣ ، ٤ ، ١ — كشاف القناع ج ٤ ص ٨١ وما بعدها

(٢) شرح الزرقاني ص ١٠٢ ، ٣ ، ١ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٦ ، ١٤٩ المغني ج ١ ص ٢٥٣ — كشاف القناع ج ٤ ص ٨٢ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ ، ٢٤٢

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٧٦ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٢ — الزيلعي ج ٣ ص ٢٢١ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤

ويرى مالك أن المسجد فى أصله ليس حرزاً بنفسه ولكن بناء المسجد نفسه وأدواته المعدة للاستعمال فيه كالحصر والبسط والقناديل كل ذلك يعتبر حرزاً بنفسه فالحائط يعتبر حرزاً بنفسه ، وباب المسجد حرز بنفسه ، وسقف المسجد حرز بنفسه ، وقناديله محرزة بنفسها وهكذا ، فمن سرق من بنـــاء المسجد أو أدواته المعدة للاستعمال فيه فقد سرق من حرز بنفسه . ولا يشترط أن يخرج بما سرق من باب المسجد بل يكفى أن يزيل الشىء عن مكانه ؛ لأن كل شىء يعتبر حرزاً مستقلا بنفسه ، فإذا أزال البلاط عن مكانه تمت السرقة دون حاجة لأن يخرج به من الباب ، وإذا أزال خشبة من السقف تمت السرقة دون حاجة للخروج من الباب وهكذا . أما الأموال التى توضع فى المسجد بصفة مؤقتة كملابس المصلين وأحذيتهم وحصير أو سجادة يحضرها أحد المصلين ليصلى عليها هو أو غيره فسرقة هذه وأمثالها لا قطع فيها لأن المسجد لم يعد لحفظ المال أصلا ، لكن إذا كان عليها حارس يلاحظها ففيها القطع لأن السرقة تحدث من حرز بالحافظ[(1)] ويفرق بعض المالكية فى أدوات المسجد بين المثبت والمسمر منها والمشدود بعضه إلى بعض كالقناديل المسمرة المشدودة بالسلاسل والبلاط المثبت والحصر المسمرة أو المخيط بعضها فى بعض فهذه فى سرقتها القطع أما غير المثبت فلا قطع فيه .

وعند الشافعى أن المسجد فى أصله ليس حرزاً بنفسه[(2)] ولكنه يعتبر حرزاً بنفسه فيما جعل لعمارته كالبناء والسقف ولتحصينه كالأبواب والشبابيك ولزينته كالستائر والقناديل المعدة للزينة ، فمن سرق شيئاً مجعولا للعمارة أو التحصين أو الزينة فقد سرقه من حرز بالمكان . أما ما أعد لانتفاع الناس به كالحصر والأبسطة والمصاحف والقناديل المعدة للإضاءة فلا قطع فيها ولو كان هناك حافظ ولو أن السرقة من حرز بالحافظ لأن هذه المسروقات جعلت للانتفاع العام وحق السارق فى الانتفاع بها شبهة تدرأ الحد .

(1) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٢ - مواهب الجليل ج٦ ص٩ ٣١٣ ، ٣١٣ والتاج والاكليل .
(2) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٨ .

هذا إذا كان السارق له حق الانتفاع فإذا لم يكن له حق الانتفاع كذمي مثلا أو كان المسجد خاصاً لطائفة معينة فالقطع على السارق وكذلك يقطع السارق سرق أمتعة المصلين إذا كان حافظ لأن السرقة من حرز بالحافظ[1].

وفي مذهب أحمد رأيان في السرقة من المسجد أحدهما يتفق مع مذهب الشافعي والثاني يتفق مع مذهب أبي حنيفة[2] وحجة أصحاب الرأي الثاني أن المسجد لا مالك له من المخلوقين وأنه معد للانتفاع العام فكان الانتفاع شبهة تدرأ الحد سواء اعتبرت السرقة من حرز بنفسه أو حرز بالحافظ

وعند الشيعة الزيدية أن المسجد يعتبر حرزاً بنفسه لكل أدواته سواء كانت لعمارته أو تحصينه أو تزيينه أو منفعة وليس حرزاً فيما عدا ذلك إلا بالحافظ لخادم المسجد إذا سرق متاعه فهو مسروق من غير حرز ما لم يكن حافظ ، والمصلي إذا سرق متاعه فكذلك[3] ولا يقر الظاهريون الحرز ولذلك فهم يوجبون قطع من سرق من مسجد بابا كان معلقاً أو غير معلق أو حصيراً أو قنديلا أو شيئاً وضعه صاحبه هنالك ونسيه كان صاحبه معه أو لم يكن[4]

وحكم المعابد والكنائس كحكم المساجد[5] ويقاس عليها كل مكان لم يعد لحفظ المال كالكتاتيب والمدارس فيما عدا الأقسام الداخلية لأنها تعد لحفظ المال وكذلك المقاهي وما أشبه .

وينبغي أن نلاحظ أن الشافعي وأحمد يفرقان بين المحلات الكائنة في العمران وما هو كائن خارج العمران وتطبيق هذه القاعدة على المساجد يقتضي القول بأنه لا قطع في بناء المسجد ولا ما أعد لتحصينه أو عمارته أو زينته إذا كان المسجد خارج العمران إلا كان ثمة حارس على ما سرق من المسجد[6]

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٥ ـ أسنى المطالب ج ٤ وحاشية الرملي ص ١٤
(٢) المغني ج ١٠ ص ٢٥٤ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٨٣
(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧١ (٤) المحلى ج ١١ ص ٣٢٩ .
(٥) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٥ (٦) المغني ج ١ ص ٢٥٥

وإذا كان رجل فى الفلاة أو فى الطريق ومعه حقيبة أو غرارة بها أمتعته أو كان معه سيارة تعطلت أو دابة أو أى شىء آخر وجلس عندها يحفظها فسرقت منه ، فالعقوبة قطع السارق عند مالك وأبى حنيفة سواء وقعت السرقة والحافظ نائم أو متيقظ بشرط أن يغافله السارق ويسرق الشىء دون أن يراه ، فإن رأى السارق وهو يسرق فالفعل اختلاس لا سرقة لأن الأخذ لم يكن خفية ولا قطع فى الاختلاس ، أما الشافعى فيرى قطع السارق إذا كان الحافظ متيقظاً فإن نام فلا قطع إلا إذا توسد الغرارة أو نام فوقها[1]

وإذا سرق الجانى فسطاطاً ملفوفاً وضعه المجنى عليه فى الطريق أو الفلاة وبقى عنده يحفظه فالحكم ما سبق فإن تركه وحده دون حارس فسرق فالسرقة لا قطع فيها باتفاق لأنها سرقة من غير حرز

وإذا ضرب الفسطاط ووضعت بداخله أمتعة فسرق منها شىء فيرى مالك وأبو حنيفة القطع فى السرقة لأن الفسطاط حرز بنفسه فإذا سرق منه شىء فهى سرقة من حرز يقطع فيها ولو لم يكن هناك حافظ ، أما الشافعى وأحمد فلا يريان القطع إلا إذا كان على الفسطاط حافظ لأنه ليس حرزاً بنفسه فى رأيهما[2]

وإذا سرق السارق نفس الفسطاط المضروب فلا قطع عليه عند أبى حنيفة لأنه سرق نفس الحرز ، وسرقة الحرز عنده لا قطع فيها وعلى السارق القطع عند مالك لأن الحرز محرز بإقامته ، أما الشافعى وأحمد فيريان القطع فى سرقة الحرز كذلك ولكنهما يشترطان فى سرقة الفسطاط نفسه أن يكون هناك حافظ لأنهما لا يعتبرانه حرزاً بنفسه كما يعتبره مالك وأبو حنيفة

ومن هذا القبيل سرقة باب الدار وبعض أجزاء حائطها فيرى أبو حنيفة

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٤ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٢ شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١٠١ ـ المغنى جـ ١٠ ص ٢٥١

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٩ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٤ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٤٤ ـ كشاف القناع جـ ٤ ص ٨١

أن الباب إذا كان مركبا فهو جزء من الحرز كالحائط ، فإذا سرق الباب أو بعض الحائط سارق فقد سرق بعض الحرز وبعض الحرز ليس فى الحرز فكأنه سرق من غير حرز ولا قطع فى سرقته أما إذا كان الباب غير مركب وموضوعا داخل الحرز فإن سرقته تكون من حرز وفيه القطع وكذلك الحال فى بعض أجزاء الحائط لو كانت داخل الحرز بغض النظر عما إذا كان الباب مفتوحا أو الحائط منقوبا لأن فتح الباب والنقب لا يبطل الحرز فى رأى أبى حنيفة أما الأئمة الثلاثة فيرون أن سرقة الباب وبعض أجزاء الحائط سرقة من حرز يقطع فيه لأنها تعتبر محرزة بإقامتها وتثبيتها فالحائط محرز بإقامته والباب محرز بتركيبه وحلقة الباب محرزة بتسميرها وهكذا أما إذا كان الباب مخلوعا وموضوعا داخل الحرز وكذلك بعض أجزاء الحائط ففيها القطع أيضا عند مالك لأن الحرز لا يبطل عنده بالنقب وفتح الباب ، أما عند الشافعى وأحمد فلا قطع إذا لم يكن هناك باب أو كان هناك باب أو كان هناك نقب أو هدم فى الحائط مالم يكن حافظ فإن كان حافظ ففى السرقة القطع[1]

ولا خلاف بين الفقهاء فى أن الإنسان يعتبر حرزا لكل مايلبسه أو يحمله من نقود أو غيرها أو بتعبير آخر يعتبر كل مايلبسه الإنسان أو يحمله من نقود وغيرها محرزا بحافظ وهو الإنسان

فمن نشل من آخر نقودا كانت فى جيبه أو فى ثيابه قطع بالسرقة[2] ويعبر عن النشال بالطرار والنشل الذى يحدث خفية هو الذى فيه القطع أما ما يحدث والمجنى عليه منتبه له فهو اختلاس ، ويستوى أن يقطع النشال ملابس المجنى عليه أو يدخل يده فيها فيأخذ النقود[3]

(١) المغنى ج ١ ص ٢٥٥ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٤٤ ، ١٤٧ ، ١٤ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٩ ، ١٠٢ ، ١٠٥ ، ٦ ١ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٤ كشاف القناع جـ ٤ ص ٨١ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٣

(٢) المدونة جـ ١٦ ص ٨٠ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٤٢ ـ المغنى جـ ١ ص ٢٦

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٥ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٦

وإن سرق من القطار سيراً أو حملا لم يقطع لأنه ليس بحرز مقصود فتمكن فيه شبهة العدم لأن السائق والراكب والقائد يقصدون قطع المسافات ونقل الأمتعة ولا يقصدون الحفظ فإن كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ قطع ولكن إذا شق الحمل وأخذ منه قطع لأن الجوالق فى مثل هذه الحالة حرز بنفسه لأنه معد لحفظ الأمتعة[1]

وعند الأئمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع فى أخذ الحمل والحمل والجوالق والشق ثم الأخذ وأما القائد فحافظ للحمل الذى بيده فقط عندنا (أى عند أبى حنيفة) وعندهم إذا كان بحيث يراها إذا التفت إليها حافظ للكل فالكل محرزة عندهم بقوده وإذا كانت غرارة على ظهر دابة فشقها إنسان وأخرج ما فيها من متاع قطع عند أبى حنيفة لأن الغرارة حرز لما فيها وإن أخذها بحالها دون أن يشقها لم يقطع لأنه أخذ نفس الحرز وكذلك إذا كانت الغرارة محملة على جمل فسرق الجمل ومعه الغرارة لأن الجمل لا يوضع على الجمل للحفظ وإنما للحمل وحتى إذا ركب الجمل صاحبه فإن الغرارة لا تعتبر محرزة بحافظ لأنها حرز بنفسها فإذا أخذها السارق فقد أخذ نفس الحرز[2] أما إذا سرق الجمل وراكبه فلا قطع لأن يد الحافظ لم تزل عن المسروق ، ويرى أن ظهر الدابة يعتبر حرزاً للغرارة فإذا أخذ الغرارة كلها أو شقها فأخذ منها فعليه القطع وكذلك لو سرق الدابة وعليها الغرارة مادامت الدابة فى حرز مثلها[3] كأن كانت باركة فى مراح أو سائرة فى قطار[4]

أما الشافعى وأحمد فلا يعتبران الغرارة محرزة بنفسها وتعتبر أنها محرزة بالحافظ فإذا سرق شخص الغرارة أو شقها فأخذ منها قطع بسرقته إذا كان هناك حافظ ، وكذلك إذا سرق الجمل بما عليه إن كان ثمة حارس ، فإن كان

(١) شرح فتح القدير ص ٢٤٦ (٢) بدائع الصنائع ص ٧٤
(٣) المدونة ج ١٦ ص ٧٩ ، ٨٠ (٤) شرح الزرقانى ج٨ ص ٩٩، ١٠٠، ١٠٢

الحافظ راكبا الجمل فلا قطع[1] لأن يد الحافظ لم تزل عن المسروقات[2]

ومذهب الشيعة فى هذه المسألة كمذهب أحمد والشافعى لأن يعتبرون الحوالق حرزاً بالحارس[3]

وإذا سرق الجانى بعيراً أو شاة أو بقرة من المرعى لم تقطع عند أبى حنيفة سواء كان الراعى معها أم لم تكن أما إذا سرقها من المراح التى تأوى إليه فيقطع سواء كان معها حافظ أم لا لأن المراح حرز بنفسه وحجة أبى حنيفة أن المرعى لا يعتبر حرزاً بنفسه ولا يعتبر حرزاً بالحافظ ولو أن الراعى موجود لأنه يوجد للرعى لا للحراسة وإن كانت الحراسة تحدث فعلا بوجوده بخلاف المراح فإنه أعد لحفظ المال وخصص لهذا الغرض ويشترط أبو حنيفة لاعتبار المراح أو الحظيرة حرزاً بنفسه أن تكون مسورة وعليها باب[4]

ويرى مالك مايراه أبو حنيفة فى سرقة الدواب والماشية فى المرعى فلا قطع فى سرقتها مع وجود الراعى ، أما إذا سرقت من المراح أو الحظيرة ففى سرقتها القطع وإذا سرقت فيما بين المرعى والمراح مع وجود الحافظ فالبعض يرى القطع والبعض لا يراه

والإبل المقطرة عند مالك تقطع فى سرقتها سائرة أو باركة مجتمعة أو مقطرة[5]

ولا يشترط عند مالك أن تكون المراح أو الحظيرة مسورة أو لها باب بل يكفى أن يعد المكان مراحاً أو موقفاً للدواب[6]

ويرى الشافعى أن السائمة من إبل وخيل وبغال وحمير وغيرها تحرز فى المرعى بملاحظة الراعى لها بأن يراها ويبلغها صوته فإن نام عنها أو غفل عنها

(١) كشاف القناع ج ٤ ص ٨٢

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٣ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ ، ١٤٠

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧١

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦

(٥) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ١٠٢ ، ١٠١

(٦) شرح الزرقانى ص ١٠٠ ـ المدونة ج ١٦ ص ٧٩

غير محرزة ، وإن استتر بعضها عنه غير محرز ، ويرى البعض أنه يكفي أن يبلغها النظر ولو لم يبلغها الصوت وتحرز السائمة في المراح بالمراح المسور والمغلق بابه سواء كان السور حطباً أم قصباً أم حشيشاً أم غير ذلك بحسب العادة . فإن كان المراح مفتوحاً أو خارج العمران فحرز بحارس وتحرز الدواب السائرة بسائق لها يراها كلها أو قائد لها يراها كلها على أن يكثر الالتفات أو بقيادة بعضها وسوق البعض الآخر فإن لم ير بعضها فهو غير محرز (١)

ويرى أحمد ما يراه الشافعي (٢) ويزيد عليه أن الإبل تحرز وهي باركة إذا عقلت وكان معها حافظ ولو نام الحافظ لأن العادة أن صاحب الإبل يعقلها إذا نام ، وإن لم تعقل الإبل وكانت الإبل باركة والحافظ ينظر إليها بحيث يراها فهي محرزة فإذا نام أو انشغل عنها فهي غير محرزة

والثمار المعلقة في أشجارها والزرع غير المحصود لا قطع في سرقتها إذا سرقت وهي معلقة أي قبل الجني والحصد وكذلك لاقطع فيها بعد جنيها أو حصدها مالم تنقل إلى الجرين وهذا متفق عليه بين الفقهاء ولايخالف فيه إلا الظاهريون حيث يرون القطع في الثمار والزرع معلقاً أو غير معلق (٣) ويرى أبو حنيفة أن لا قطع في الثمار والزرع ولو كانت محاطة بسور أو حائط ولكن مالكا والشافعي وأحمد يرون قطع من سرق ثمراً من شجرة نابتة في دار محرزة لأن السرقة تعتبر مما هو محرز بالدار وفي مذهب مالك يرى أصحابه قطع من سرق ثمراً من بستان مسور له غلق والشافعيون يرون القطع في هذه الحالة إن كان ثمة حارس كما يرون أن أشجار أفنية الدور محرزة بلا حارس

فإذا قطع الثمر أو حصد الزرع فلا قطع فيه إلا إذا وضع في الجرين على

(١) أسنى المطالب حـ ٤ ص ١٤٤ ، ١٤٥
(٢) المغني حـ ١ ص ٢٠٢ ــ كشاف القناع حـ ٤ ص ٨٢
(٣) المحلى ح ١١ ص ٣٣٢ ــ المهذب ح ٢ ص ٢٩٥ ــ أسنى المطالب حـ ٤ ص ١٤٤ بدائع الصنائع ح ٧ ص ٦٩ ــ شرح الزرقاني حـ ٨ ص ١٠٥ ــ شرح الأزهار حـ٤ ص٣٦٩

أن بعض المالكية يرون القطع فيما سرق قبل النقل للجرين إذا كوم أو كدس أكداساً بعضها إلى بعض حتى يصير كالشيء الواحد، لأنه يصير في حالة تتحقق مع حالته في الجرين كما يرون القطع في السرقة أثناء النقل إلى الجرين إذا كان ثمة حافظ

وإذا وضعت الثمار والزروع في الجرين ففي سرقتها القطع عند مالك والشافعي وأحمد والشيعة الزيدية سواء كان هناك حافظ أم لا ، ما دام الجرين داخل العمران فإن كان الجرين خارج العمران فلا يجب القطع عند الشافعي وأحمد إلا إذا كان حارساً ، ويستوي أن يكون الثمر أو الزرع قد استحكم جفافه أم لا ولكن أبا حنيفة لا يقطع فيما سرق من الجرين إلا إذا كان الثمر أو المحصول المسروق منه قد استحكم جفافه لأنه يلحق ما لم يستحكم جفافه بالتافه ولا قطع عنده في تافه

وإذا كان الإذن بالدخول يبطل الحرز في حق المأذون له على الوجه الذي سبق بيانه تطبيقاً لذلك لا يقطع الخدم في سرقة أموال مخدوميهم ، ولا الضيوف في سرقة أموال من أضافوهم ، ولا الأجير إذا سرق من موضع مأذون له في دخوله ، ويقاس على هؤلاء كل من أذن له بدخول الحرز ، لأن الإذن بالدخول يخرج الموضع المأذون في دخوله من أن يكون حرزاً وإذا أذن لشخص بأخذ شيء من الحرز ولم يؤذن له في دخول الحرز فدخله وأخذ الشيء المأذون في أخذه وسرق شيئاً آخر فلا قطع عليه لأن الإذن بأخذ المتاع يتضمن الإذن بالدخول في الحرز والإذن بدخول الحرز يبطله في حق المأذون له فلا يشترط إذن أن يكون الإذن بالدخول صريحاً بل يكفي أن يكون ضمنيا ويراعى فيما سبق الخلافات التي سبق عرضها بين الفقهاء في حالة ما إذا سرق المأذون له من محل مغلق [1]

ويعتبر السارق مأذوناً له بدخول الحرز إذا كان له حق الانتفاع به كالمستأجر

---

(١) بدائع الصنائع ص ٧٤ ، ٧٥ — شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٣ ١٠١ ، ١٠٤ أسنى المطالب ح ٤ ص ١٤٦ ، ١٤٩ — المغني ح ١٠ ص ٢٥٣ ، ٢٥٧ — كشاف القناع ح ٤ ص ٨٤ — شرح الأزهار ح ٤ ص ٣٧٢ — المدونة ح ١٦ ص ٧٢ ، ٧٥

والمرتهن والمستعير فإذا سرق المستأجر مالا لمؤجر من الدار المؤجرة ، أو سرق الدائن المرتهن مالا لمدين من العين المرهونة أو سرق المستعير شيئاً للمعير من الدار المعارة فلا قطع على أحدهم لأن لهم حق الانتفاع بالحرز واستعمال هذا الحق يقتضي دخول الحرز

أما المالك للحرز فلا يعتبر مأذوناً له بدخوله إذا كان حق الانتفاع لغيره ولذلك يقطع إذا سرق مالا من الحرز المنتفع ، فالمؤجر إذا سرق مالا للمستأجر من الدار المؤجرة والمدين إذا سرق مالا للمرتهن من الدار المرهونة يقطع كل منهما بسرقته وهذا ما يراه أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد والشيعة ولكن أبا يوسف ومحمد يريان عدم القطع لأن الحرز ملك السارق فهناك شبهة في إباحة الدخول والشبهة تدرأ الحد[1] ويقطع المعير إذا سرق مالا للمستعير من الحرز المعار وبهذا قال الشافعي وأحمد ، ولكن أبا حنيفة والشيعة الزيدية ، يرون أن لا قطع على المعير لأن المنفعة ملك له وله الرجوع في العارية متى شاء فيعتبر دخوله في الحرز رجوعاً وتكون السرقة من غير حرز[2]

ويعتبر المالك للحرز مأذوناً له بدخول الحرز إذا كان مغصوباً منه ، فمن غصب شخصاً داره ثم أحرز فيها مالا فجاء صاحب الدار وسرق مافيها من مال فلا تعتبر السرقة من حرز لأن الغصب لم يسلب المالك حقه في ملكية الحرز[3] كذلك لو كانت الدار مستأجرة أو مرتهنة أو معارة فانتهت الأجارة والرهن أو العارية ورفض المنتفع رد الدار أو أهمل الرد[4] مع تمكنه من ذلك ففي هذه الحالة يكون المنتفع في حكم الغاصب[5]

(١) بدائع الصنائع ص ٧٥ (٢) المغني ج ١٠ ص ٢٥٦ ـ أسنى المطالب ص ١٣٨ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٢ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٧ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٤

(٣) المغني ج ١ ص ٢٥٧

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٥ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٢

(٥) أسنى المطالب وحاشية الرملي ص ١٤٦ .

٦١٠ – السرقات من الأقارب : وفى مذهب أبى حنيفة لا قطع على من سرق من ذى رحم محرم لأنهم يدخل بعضهم على بعض دون إذن عادة فكان هناك إذن ضمنيا بالدخول فتكون السرقة من غير حرز فضلا عن أن القطع بسبب السرقة يفضى إلى قطع الرحم وذلك حرام والقاعدة أن ما أفضى إلى الحرام فهو حرام (١)

أما من سرق من ذى رحم غير محرم فيقطع بسرقته لأنهم لا تدخل بعضهم على بعض عادة دون استئذان فليس هناك إذن صريح ولا ضمنى بالدخول والسرقة من محرم غير ذى رحم كالأم من الرضاعة والأخت من الرضاعة مختلف عليها فى المذهب ، فأبوحنيفة ومحمد يريان القطع فيها وأبو يوسف لا يرى القطع فى حال السرقة من الأم ويقطع فيما عدا ذلك وحجته أن الإنسان يدخل بيت أمه من الرضاع دون إذن عادة فهناك إذن ضمنى بالدخول (٢)

ومن سرق من امرأة أبيه أو زوج أمه أو حليلة ابنه أو من ابن امرأته أو أمها فلا قطع عليه إن كانت السرقة من منزل من يضاف إليه السارق من أبيه أو أمه أو ابنه أو امرأته لأنه مأذون له بالدخول فى منزل هؤلاء فلم يكن المنزل حرزاً فى حقه وإن سرق من منزل آخر فإن كانا فيه لم يقطع وإن كان لكل واحد منهما منزل على حدة فيرى أبو حنيفه ان لا قطع ويرى أبو يوسف ومحمد القطع وحجة أبى حنيفه أن حق التزاور ثابت بين السارق وبين قريبه وكون المنزل لغير قريبه لا يمنع من أن له زيارة قريبه وهذا يورث شبهة إباحة الدخول فيختل الحرز (٣)

هذا هو حكم السرقة من الأقارب فى مذهب أبى حنيفة أما الشافعى وأحمد فعندهما أن الوالد لا يقطع بسرقة مال ولده وإن سفل وسواء فى ذلك الأب والأم والإبن والبنت والجد والجدة من قبل الأب والأم لقول الرسول صلى الله عليه وسلم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥

« أنت ومالك لأبيك » وقوله « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه » وفي لفظ فكلوا من كسب أولادكم ولا يقطع الابن عندهما بسرقة مال والده وإن علا لأن النفقة تجب في مال الأب لابنه حفظاً له فلا يجوز إتلافه حفظاً للمال . فأما سائر الأقارب كالإخوة والأخوات ومن عداهم فيقطع بسرقة مالهم ويقطعون بسرقة ماله[1]

ويرى مالك أن لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع فلا قطع على الجد والجدة لأب أو لأم والأب والأم إذا سرقوا من أحفادهم أو أبنائهم ولكن إذا سرق الفروع من الأصول قطعوا بسرقتهم فلا يعفي مالك من القطع للقرابة إلا الأصول لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك »[2]

ويرى بعض الشيعة الزيدية رأي مالك ويرى البعض أن لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع ولا على الفروع إذا سرقوا من الأصول ولا قطع من ذوي الأرحام المحارم[3]

أما الظاهريون فيرون قطع الأصول إذا سرقوا من الفروع وقطع الفروع إذا سرقوا من الأصول ولا يسقطون القطع للقرابة ويرون أن حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » منسوخ بآيات المواريث[4]

وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر فيرى مالك قطع السارق منهما إذا سرق مالاً محجوراً عنه أي محرزاً في مكان مغلقاً لا يسمح له بدخوله ، فإذا سرق من مال لم يحجر عنه فلا قطع عليه ويستوي أن يكون المال المحجور عنه في نفس المنزل الذي يقيمان فيه أو في غيره[5] ويرى أبو حنيفة أن لا قطع على أحد الزوجين في سرقة مال الآخر سواء سرق من البيت الذي يقيمان فيه أم من بيت

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٤ المغني جـ ١٠ ص ٢٨٤ ، ٢٩٦
(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ (٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٥
(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٤٣ ، ٣٤٧ (٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٠ وحاشية الشيباني

آخر لأن كلا من الزوجين مأذون له بدخول منزل صاحبه كما أنه ينتفع بماله عادة وهذا يوجب خللا فى الحرز[1] وفى مذهب الشافعى ثلاثة آراء أحدها كرأى مالك والثانى كرأى أبى حنيفة والثالث يرى أصحابه قطع الزوج إذا سرق مالا محرزاً عنه من مال الزوجة ولا يرون قطع الزوجة إذا سرقت ما حجر عنها من مال الزوج وحجتهم أن للزوجة حقاً فى مال الزوج لأنه ملزم بالانفاق عليها وليس الزوج كذلك[2] . والرأى الأول هو الراجح فى المذاهب[3] . وفى مذهب أحمد رأيان أحدهما كرأى مالك والثانى كرأى أبى حنيفة[4] ومذهب الشيعة الزيدية فيه الرأيان رأى مالك وأبى حنيفة[5] أما الظاهريون فيرون القطع على كل واحد من الزوجين إذا سرق من مال صاحبه مالم يبح له أخذه سواء كان محرزاً عنه أو غير محرز لأن الظاهريين لا يعترفون بالحرز ، أما إذا كان للمأخوذ مباحاً أخذه كنفقة الزوجة أو طعامها أو كسوتها فلا قطع فيه[6]

وهذا هو حكم السرقة بين الزوجين مادامت السرقة قد وقعت والزوجية قائمة ولا عبرة بالدخول ، فلو حدث الطلاق قبل الدخول فلا قطع فيما يقع من سرقات بين الزوجين من وقت الزواج إلى وقت الطلاق لأن الزوجية كانت قائمة وقت السرقة أما مايقع بعد الطلاق ففيه القطع لأن غير المدخول بها لا عدة لها لقوله تعالى ﴿ فمالكم عليهن من عدة تعتدونها ﴾ وإذا كانت السرقة فى عدة الطلاق الرجعى فلا قطع أيضاً لأن الزوجية تظل قائمة حتى تنتهى العدة أما السرقة فى عدة الطلاق البائن ففيها القطع ولكن أبا حنيفة لايرى القطع إذا وقعت السرقة فى عدة الطلاق البائن لأن النكاح فى حال العدة قائم من وجه كما أن أثره قائم وهو العدة، وقيام النكاح من كل وجه يمنع القطع فقيامه من وجه

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥ (٢) المهذب ج ٢ ص ٢٩٩

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٤ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٢٨٧ (٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٦ .

(٦) المحلى ج ١١ ص ٣٧ ، ٣٥

أو قيام أثره يورث الشبهة والحدود تدرأ بالشبهات(١)

وإذا كانت السرقة بعد انتهاء المدة فيها القطع بلا خلاف، وقيام الزوجية بعد السرقة لا أثر له على السرقة التي وقعت قبلها فيقطع السارق فيها ولا يخالف في هذا إلا الحنفية فإنهم يرون أن الزواج إذا حصل قبل الحكم في الجريمة لم يحكم فيها بالقطع لأن الزواج مانع طرأ على الحد والمانع الطارئ عند الحنفية له حكم المانع المقارن إذا أدى لإسقاط الحد. ويرى أبو حنيفة أن الزواج إذا حصل بعد الحكم وقبل تنفيذ العقوبة لم يقطع وحجته أن الإمضاء في باب الحدود من تمام القضاء فكانت الشبهة المعترضة على الإمضاء كالمعترضة على القضاء وكان الطارئ على الحدود قبل الإمضاء بمنزلة الموجود قبل القضاء ولكن أبا يوسف يرى في هذه الحالة عدم سقوط حكم القطع بالزواج لأن المانع من القطع في حالة الزوجية هو شبهة عدم الحرز فإذا اعتبرت الزوجية الطارئة شبهة مانعة من القطع لكان معنى ذلك اعتبار الشبهة وهي ساقطة في باب الحدود(٢)

واختلف في مذهب أبي حنيفة فيما إذا كان الحرز المعتبر للشيء المسروق هو حرز مثله أو حرز نوعه فرأى البعض أن يعتبر في الشيء حرز المثل فالاصطبل مثلا حرز الدابة والحظيرة حرز الشاة والبيوت والخزائن حرز النقود والجواهر ورأى البعض أن ما كان حرز النوع جاز أن يكون حرزاً للأنواع كلها فالاصطبل مثلا حرز الدابة فيجوز أن يكون حرزاً للنقود أو الجواهر(٣).

ولكن الأئمة الثلاثة والشيعة الزيدية يردون هذه المسألة للعرف ويرون أن حرز الشيء هو ما جرت العادة بحفظه فيه وما لا يعتبر صاحبه مضيعاً، والمرجع في تعيين ذلك للعرف فرأيهم إذاً يتفق مع الرأي الأول في مذهب أبي حنيفة(٤)

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٧

(٤) شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٩٨ — أسنى المطالب ج ص ١ ١ — المغني ج ١٠ ص ٢٥ شرح الأزهار ج ص ٢٧٠

ولهذا المبحث أهمية كبرى ذلك أن القطع لا يجب إلا فى سرقة من حرز فإذا قلنا بأن الحرز حرز المثل امتنع مثلا القطع فى سرقة الجواهر من الاصطبل أو الجرن وسرقة الأقمشة من حظيرة الشاة لأن الاصطبل والجرن والحظيرة لا يعتبر أيهم حرز لهذه الأشياء فكانت السرقة واقعة على مال غير محرز وإذا قلنا إن حرز نوع معين هو حرز لباقى الأنواع وجب القطع فى هذه السرقات لأنها واقعة على مال محرز

٦١١ - رابعاً - أن يبلغ المال المسروق نصابا: الأصل فى شرط النصاب أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم وما أثر من فعله فقد روى ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قطع فى مجن ثمنه ثلاثة دراهم أو قيمته ثلاثة دراهم على رواية رواه الجماعة وعن عائشة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقطع يد السارق فى ربع دينار فصاعدا رواه الجماعة إلا ابن ماجة . وفى رواية عن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا تقطع يد السارق إلا فى ربع دينار فصاعدا رواه أحمد ومسلم والنسائى وابن ماجة ، وفى رواية قال تقطع يد السارق فى ربع دينار رواه البخارى والنسائى وأبو داوود وفى رواية تقطع اليد فى ربع دينار فصاعدا رواه البخارى ، وفى رواية قال اقطعوا فى ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم والدينار اثنا عشر درهما رواه أحمد وفى رواية قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن، قيل لعائشة ما ثمن المجن قالت ربع دينار رواه النسائى وعن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده[1]

وجمهور الفقهاء على اشتراط النصاب لوجوب القطع فى السرقة إلا ما روى عن الحسن البصرى وداوود وما عرف عن الخوارج من وجوب القطع فى سرقة القليل والكثير وحجتهم إطلاق قوله تعالى ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾ كما استدلوا بحديث أبى هريرة

(١) نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٦ وما بعدها

« لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده » ولكن جمهور الفقهاء يرون أن إطلاق الآية مقيد بأحاديث الرسول التي سبق ذكرها ويرون أن حديث أبي هريرة أريد به تحقير شأن السارق والتنفير من السرقة[1]

وإذا كان جمهور الفقهاء يشترط النصاب في القطع إلا أنهم اختلفوا في تحديد مقدار هذا النصاب فيرى مالك أن القطع يجب في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب فإذا كان المسروق من غير الذهب أو الفضة قوم بالدراهم لا بالذهب إذا اختلفت قيمة الثلاثة دراهم مع الربع دينار ولاختلاف الصرف مثل أن تكون الربع في وقت درهمين ونصفاً فإذا ساوى المسروق ثلاثة دراهم قطع وإن لم يساو ربع دينار ، وإن ساوى ربع دينار ولم يساو ثلاثة دراهم لم يقطع[2] .

فالقاعدة عند مالك أن كل واحد من الذهب والفضة معتبر بنفسه وقد روى عنه بعض البغداديين أنه ينظر في تقديم العروض إلى الغالب في نقود أهل البلد فإن كان الغالب دراهم قومت بالدراهم وإن كان الغالب الدنانير قومت بالدنانير والمشهور هو الرأي الأول ويرى الشافعي يجب في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب كما يرى مالك ، ولكن الشافعي يرى أن الأصل في تقويم الأشياء هو الذهب فالربع دينار أصل للدراهم ومن ثم فلا يقطع عنده إلا فيما يساوي ربع دينار أو ماقيمته ربع دينار وإذا كانت السرقة من غير الذهب قومت بالذهب[3]

وفي مذهب أحمد روايتان الأولى أن النصاب الذي يقطع فيه هو ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة أو ما قيمته ثلاثة دراهم من غيرهما وهذا هو مشهور مذهب مالك الثانية أن النصاب الذي يقطع فيه هو ربع

(١) نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٦ ، ٣٩ ـ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٣
(٢) حاشية الدسوقي ص ٩٤
(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٩٤ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٩

دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق أى الفضة فإذا سرق السارق من غير الذهب والفضة ما قيمته ربع دينار أو ثلاثة دراهم قطع فإذا اختلفت قيمة الربع دينار مع الثلاثة دراهم قطع إذا بلغ المسروق أقل القيمتين[١].

ويرى أبو حنيفة أن النصاب الذى يقطع هو عشرة دراهم تساوى ديناراً ، فلا قطع عنده فى أقل من عشرة دراهم وحجته ما روى عن عبدالله بن عمرو بن العاص من أن الرسول عليه الصلاة والسلام كان لا يقطع إلا فى ثمن مجن وهو يومئذ يساوى عشرة دراهم وفى رواية أخرى أن الرسول قال لا قطع فيما دون عشرة دراهم ، وعن ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تقطع اليد إلا فى دينار أو عشرة دراهم » وما روى عن ابن عباس أن الرسول قال « لا يقطع السارق إلا فى ثمن المجن » وكان يقوم يومئذ بعشرة دراهم

ويرى الحنفية أن الإجماع منعقد على القطع فى عشرة دراهم وفيما دون العشرة اختلف الفقهاء لاختلاف الأحاديث فوقع الاحتمال فى وجوب القطع ولا يجب القطع مع الاحتمال[٢]

ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع المذهب الحنفى[٣] ويرى ابن حزم من فقهاء المذهب الظاهرى أن نصاب السرقة الذى يقطع فيه اليد هو ربع دينار إذا كان المسروق ذهباً فإذا كان المسروق مما سوى الذهب فالقطع إنما يجب فى سرقة ما ساوى ثمن مجن أو ترس قل ذلك أو كثر دون تحديد ، ولم يحاول ابن حزم أن يبين قيمة المجن أو الترس لما روى عن عائشة من أن يد السارق لم تكن تقطع على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فى أدنى من ثمن المجن أو ترس كل واحد منهما يومئذ ذو ثمن وأن يد السارق لم تكن تقطع على عهد الرسول فى الشىء التافه

أما إذا كانت قيمة المسروق أقل من ثمن المجن أو ترس فلا قطع فيه أصلا لأن ذلك هو التافه[٤]

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٤٢ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٧٨
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ (٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٤
(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٥٠ ، ٣٥٣

ويلاحظ أن صاحب نيل الأوطار ذكر أن ابن حزم يرى القطع إذا كان المسروق ربع دينار من الذهب ويرى القطع في غيره إلا في القليل أو الكثير محجة أن التحديد في الذهب منصوص ولم يوجد نص في غيره وهذا الذي قاله مؤلف نيل الأوطار لا يتفق مع ما صرح به ابن حزم في المحلى(١)

وهناك آراء أخرى في النصاب لفقهاء آخرين ، لا توجب القطع إلا في أربعة دنانير أو أربعين درهما ، ويرى البعض القطع في درهمين وهناك من يرى القطع في أربعة دراهم ومن يراه في ثلث دينار وهو مذهب الباقر ومن يراه في خمسة دراهم(٢)

وإذا كان النصاب شرطا في القطع فلا قطع إذا قلت قيمة المسروق عن النصاب فإذا دخل السارق داراً فأخرج منها أقل من النصاب فلا قطع عليه وإذا أخرج درهما أو ما قيمته جميعا درهم إلى صحن الدار ثم عاد فأخرج مثله وهكذا حتى أخرج النصاب أو قيمة النصاب ثم خرج بها جميعاً من صحن الدار فإنه يقطع فيها ولو أنه أخرج النصاب إلى صحن الدار مخرجاً لأن ما حدث منه يعتبر سرقة واحدة إذ الدار وصحنها حرز واحد ومادام المسروق في صحن الدار فهو لم يخرج من الحرز فإذا أخرجه من الصحن إلى الخارج فقد أخرجه من الحرز وتمت السرقة مالم تكن الدار مكونة من عدة بيوت مستقلة والصحن مشترك لها جميعاً فإن الإخراج إلى الصحن يعتبر إخراجا من الحرز ولو لم يخرج السارق بالمسروقات إلى خارج الدار إذ كل بيت مستقل يعتبر حرزاً وحده(٣)

وإذا أخرج المسروق من بيت مستقل في الدار إلى صحنها المشترك مرة واحدة وكان يبلغ نصابا فالحكم هو ما سبق لأن السرقة تعتبر تامة بالإخراج إلى صحن الدار مع ملاحظة الفرق بين من يعتبرون بطلان الحرز بفتح الباب ومن

(١) نيل الاوطار ج ٧ ص ٣٦ ، ٣٩ ـ المحلى ج ١١ ص ٣٥٢
(٢) نيل الاوطار ج ٧ ص ٢٨ ، ٢٩ ـ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٣ ، ٣٧٤
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ ـ المغني ج ٩ ص ٢٥٩ ـ شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٠٠ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٩

لا يشترون فعند من يرى الإطلاق أنه لا قطع إذا أخرج المتاع إلى صحن الدار من بيت مفتوح لأن المال ليس محرزاً فإن كان البيت مقفلا وباب الدار مفتوح قطع لأنه أخرجه من حرزه إلى محل الضياع[1] أما إذا أخرج المسروق من بيت مستقل فى الدار إلى صحنها المشترك أو أخرجه من الدار غير المشتركة إلى خارجها وكان الإخراج على دفعات وكل دفعة تقل عن النصاب فالحكم مختلف عند الفقهاء وقد بسطناه بمناسبة الكلام على إطلاق الحرز[2] .

وإذا دخل جماعة داراً فأخرجوا المتاع منها دفعة واحدة إلى صحن الدار المشترك أو إلى خارج الدار فالحكم يختلف بحسب ما إذا كان هناك تعاون على الإخراج أو اشتراك فيه وقد سبق أن تكلمنا عن ذلك مفصلا ، أما إذا أخرجوا المتاع محرزاً على دفعات فتطبق عليهم قواعد الإخراج على دفعات مع قاعدة التعاون والاشتراك ، وإذا سرق شخص واحد نصاباً واحداً من حرزين مختلفين فلا قطع عليه لأنهما سرقتان مختلفتان وكل واحد من المرابية حرز مستقل ويشترط القطع فى كل سرقة أن يخرج عن كل حرز نصاباً كاملاً .

ولو سرق شخص نصاباً يملكه عدة أشخاص قطع به ولا عبرة بعدد المجنى عليهم وكذلك الحكم لو كان المجنى عليهم فى دار واحدة كل منهم فى بيت من بيوتها لأن الدار حرز واحد أما إذا كانت البيوت مستقلة اعتبر كل بيت حرزاً مستقلا ولم يقطع الجانى[3]

ولكن بعض الشيعة الزيدية يرون القطع فى هذه الحالة إذا بلغت قيمة الجزء الذى أخرج نصاباً[4] وإذا أخرج السارق بعض المسروق من الحرز دون بعضه الآخر وكان المسروق شيئاً واحداً كخشبة أو صندوق وما أشبه فلا قطع عليه ولو كانت قيمة ما خرج من المسروق تزيد على النصاب لأن بعض المسروق

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٩ - المغنى ج ١ ص ٢٦ (٢) راجع ص ٤٨
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٧ ، ١٣٨ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٢ ، ٩٤ - المغنى ج ١ ص ٢٠١ (٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٧

لا ينفرد عن بعض ولأنه لم تتم إخراجه[1] ولو وجد المسروق على هذا الوجه فأخرجه فلا قطع عليه لأن المسروق بهذا الوجه لا يعتبر محرزاً ولأنه كما يقال إنه فى الحرز يقال إنه خارج الحرز[2]

ومن يبطلون الحرز بفتح الباب والنقب لا يعتبرون الأخذ من حرز فى هذه الحالة إذا كان الشىء خارجاً من باب أو نقب ويستوى أن تكون المسروقات مجتمعة أو متفرقة داخل الحرز ما دام الحرز واحداً والعبرة بما يخرجه السارق من الحرز فإن كان أقل من نصاب فلا قطع وإن كان أكثر من نصاب قطع به على التفصيل السابق

وإذا نقصت قيمة المسروق بهلاك بعضه فى يد السارق بعد الخروج به من الحرز فالعبرة اتفاقاً بقيمته وقت السرقة أما إذا كان سبب النقصان نزول السعر فقد اختلفوا فى مذهب أبى حنيفة فيرى البعض اعتبار القيمة وقت الحكم ، أما الزيادة فغير معتبرة ويرى البعض اعتبار القيمة وقت الإخراج من الحرز كذلك اختلفوا فى المذهب إذا كانت السرقة فى بلد وضبط المسروق فى بلد آخر فيرى البعض أن العبرة بقيمة المسروق فى محل ضبطه ويرى البعض الرجوع إلى قيمة المسروق فى محل السرقة[3]

ويرى الأئمة الثلاثة أن العبرة بقيمة المسروق فى كل الأحوال وقت السرقة أى وقت إخراجه من الحرز لا قبل ذلك ولا بعده فإذا كان لا يساوى نصاباً وقت الإخراج فلا قطع ولو كان سبب النقص فعل الجانى كأن أكل بعضه أو أتلفه أو أفسده ولا عبرة فى الرخص والغلاء الطارئين بعد إخراج المسروق من الحرز وتعتبر القيمة فى مكان السرقة لا فى مكان آخر[4]

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٦١ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨
(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٥ ١ (٣) بدائع الصنائع ص ٧٩
(٤) شرح الزرقانى ص ٩٤ — المهذب ج ٢ ص ٣٠٠ — المغنى ج ١٠ ص ٢٧٨ أسنى المطالب وحاشية الرملى ص ١٣٧

وعند الشيعة الزيدية بأن العبرة بقيمة المسروق وقت المرافعة لا وقت السرقة فإذا سرق شيئاً وقيمته وقت السرقة عشرة دراهم ثم كانت قيمته وقت المرافعة أقل من ذلك سقط القطع أما إذا زادت القيمة فلا عبرة بالزيادة[1] وإذا حكم بالقطع فنزلت القيمة قبل التنفيذ فعلى رأى أبى حنيفة والشيعة يسقط القطع لأنهم يجعلون المانع الطارىء بعد الفعل فى حكم المانع المقارن ويجعلون الإمضاء من تمام القضاء .

ويرى أبو حنيفة أنه إذا اختلف المختصون فى تقويم المسروق فقدره بعضهم بأقل من نصاب وقدره بعضهم بنصاب درىء القطع وحجته فى ذلك فعل عمر حين رأى قطع سارق فقال له عثمان إنما سرقه لا يساوى نصابا فدرأ عنه القطع[2] ويتفق مذهب أحمد فى هذا لأنه يرى فى حالة تعارض البينات فى القيمة أن يؤخذ بالقيمة الأقل[3] ويرى الشافعى أن المسألة تختلف باختلاف الأساس الذى تقوم عليه شهادة المقومين الذين يقومون العين بالأكثر فإن قامت على أساس القطع أخذ بهذه الشهادة وإن قامت على أساس الظن أخذ بالتقويم الأقل لتعارض البينات[4] أما مالك فيرى أنه إذا شهد عدلان بأن قيمة المسروق نصاباً أخذ بشهادتهما ولو عارضتها شهادات أخرى وعلة ذلك أن المبدأ عند مالك هو تقديم المثبت على النافى[5]

ولا يشترط الشافعى أن يعلم السارق بقيمة المسروق بل يكفى أن يقصد السرقة ثم يسرق نصابا فإذا قصد سرقة شىء تافه فى اعتقاده فتبين أنه يزيد على نصاب قطع فيه وإذا سرق ثوباً لا يساوى نصاباً فوجد فى جيبه نقوداً تبلغ نصاباً قطع وإذا قصد سرقة صندوق به نقود فوجده فارغاً والصندوق لا يساوى نصاباً لم يقطع[6]

---

(١) شرح الأزهار ح ٤ ص ٣٧٤ (٢) بدائع الصنائع ح٧ ص ٧٧ ، ٧٩
(٣) كشاف القناع ح ٤ ص ٢٣٧ (٤) نهاية المحتاج ح ٧ ص ٤٢ – أسنى المطالب ح ٤ ص ١٣٧ (٥) المدونة ح ١٦ ص ٩٠
(٦) أسنى المطالب ح ٤ ص ١٣٧ ، ١٣٨ – نهاية المحتاج ح ٧ ص ٤٢

وعلى هذا أحد الرأيين فى مذهب أبى حنيفة أما الرأى الآخر فيستوجب علم السارق بحقيقة قيمة المسروق فإن كان يعلم بوجود النقود فى جيب الثوب قطع وإن لم يكن يعلم لم يقطع لأنه قصد سرقة الثوب فقط وهو لا يبلغ النصاب ولا قطع فيه وحده أما لو سرق غرارة أو صندوقاً أو جراباً به مال كثير يقطع ولو لم يكن عالما بحقيقة ما فى الغرارة أو الجراب أو الصندوق لأنه قصد بالسرقة المظروف لا الظرف ويستدل على القصد بالظروف والقرائن[1] .

ويستوجب أحمد للقطع العلم بقيمة المسروق فلو سرق منديلا شد عليه دينار قطع إن علم بالدينار وإن لم يعلم به فلا قطع[2]

ويرى أن الجانى تؤخذ بقصد السرقة ولا عبرة بظنه أن قيمة المسروق تقل عن نصاب إلا إذا صدق العرف فى هذا الظن فلو مد يده فى جيب شخص فأخذ منه نقوداً وهو يظنها نحاسية قطع لأن العرف لم يجر على وضع النقود النحاسية وحدها فى الجيب بل يوضع فيه كل أنواع النقود ولو سرق ثوبا وهو لا يساوى نصابا فارغاً ولكن فى جيبه نقود تبلغ نصابا قطع ولو ظن أن الثوب فارغ لأن العرف جرى على وضع النقود فى جيوب الثياب أما إذا سرق قطعة خشب فوجدها مجوفة وفى داخلها نقوداً تبلغ نصاباً فلا قطع إذا لم تبلغ قيمة الخشبة وحدها نصاباً إذ أنه كان يعتقد وقت السرقة أنه يسرق خشبة غير مجوفة وليس فيها نقود[3]

ويحدث أن يكون بعض المسروق تابع لبعضه الآخر وأن يكون المسروق كله مما يقطع فيه كإناء من النحاس به ماء أو كحمار عليه بردعة كما يحدث أن يكون بعض المسروق تابع لبعضه وأن يكون بعضه فقط مما يقطع فيه كإناء من الذهب فيه خمر أو كلب فيه طوق من الذهب والأصل أن المقصود بالسرقة إذا كان مما يقطع فيه لو انفرد وبلغ نصابا بنفسه نقطع السارق فيه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٩ ، ٨
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٨ (٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٥

فلا خلاف وإن لم يبلغ بنفسه نصابا إلا بالتابع يكمل النصاب بالتابع ويقطع السارق فى سرقته وكذلك الحكم لو كان كل منهما لا يبلغ نصابا أو مقصودا لذاته يكمل أحدهما بالآخر ويقطع السارق .

أما إذا كان المقصود بالسرقة مما لا نقطع فيه لو انفرد كالكلب وكان معه ما يقطع فيه كطوق الذهب فيرى مالك أن العبرة بقيمة ما فيه القطع فإذا بلغت قيمة الطوق نصابا قطع السارق ولو كان يقصد الكلب دون الطوق[1]

وكذلك الحكم عند الشافعى[2] ويرى أبو حنيفة أنه كان المقصود بالسرقة مما لا قطع فيه إذا انفرد لا نقطع السارق وإن كان مع المسروق المقصود غيره مما يبلغ نصابا ما دام الغير لم يقصد بالسرقة ويؤيد هذا الرأى محمد ولكن أبا يوسف يخالفه ويأخذ برأى مالك والشافعى[3] وفى مذهب أحمد رأيان الرأى الأول كرأى مالك والشافعى والثانى كرأى أبى حنيفة[4]

الركن الثانى

أن يكون مملوكاً للغير

٦١٢ — يشترط لوجود جريمة السرقة أن يكون الشىء المسروق مملوكاً لغير السارق فإن كان مملوكا للسارق فالفعل لا يعتبر سرقة ولو أخذه الفاعل خفية.

والعبرة بملكية السارق للمسروق وقت السرقة فإن كان يملكه قبل السرقة ثم خرج من ملكه قبيل السرقة فهو مسئول عن السرقة وعليه القطع وإن لم يكن يملكه ولكن دخل فى ملكه وقت السرقة فلا مسؤولية عليه كأن ورثه أثناء السرقة ويشترط لانعدام المسؤولية أن يملكه قبل إخراجه من الحرز

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧
(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ — المحلى ج ١١ ص ٣٢٨
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٩ (٤) كشاف القناع ج ٤ ص ٧٨

فإن ملكه بعد إخراجه من الحرز فلا يعفيه ذلك من المسؤولية الجنائية[1] لأن الشيء وقت إخراجه من الحرز كان على ملك غيره ومن ثم تقطع سرقته عند مالك مطلقاً ، أما الشافعى وأحمد والشيعة الزيدية فيفرقون بين ما إذا كان التملك قبل تبليغ السرقة وللمطالبة بالمسروق أو بعد ذلك فإن كان التملك قبل التبليغ فلا قطع ويعزر الجانى لأن مطالبة المجنى عليه بالمسروق شرط عدم القطع وإذا تملك الجانى المسروق قبل المطالبة لم تصح المطالبة بعد ذلك فلا يكون الحكم بالقطع ممكناً عملا أما إذا كان التملك بعد المطالبة بالمسروق فلا يمنع التملك من الحكم بالقطع[2] والفرق بين هؤلاء الفقهاء ومالك أن مالكا لا يشترط للقطع مخاصمة المجنى عليه أو مطالبته بالمسروق فيكفى أن يبلغ بالسرقة أى شخص المجنى عليه أو غيره وليس من الضرورى أن يطالب المجنى عليه برد المسروق فالقطع واجب على السارق سواء بلغ المجنى عليه أو لم يبلغ طالب المسروق أو لم يطالب[3] أما هؤلاء الفقهاء فيشترطون للقطع أن تطالب المجنى عليه بالمسروق ويرى أبو حنيفة أن تملك المسروق قبل القضاء يسقط القطع عن السارق وإن كان لا يمنع من تقديره فإذا تملكه بعد القضاء وقبل الإمضاء فيرى أبو حنيفة ومحمد أن لا يقطع السارق لأن الإمضاء من تمام القضاء فيما يصلح مانعاً للحد قبل القضاء يصلح مانعاً بعده ويرى أبو يوسف أن تملك المسروق بعد القضاء لا يمنع من القطع فإن سارق رداء صفوان أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر أن تقطع فقال صفوان يا رسول الله إنى لم أرد هذا وهو عليه صدقة فقال الرسول فهل قبل أن تأتينى به فدل على أن التملك بعد القضاء لا يسقط القطع[4]

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٩٧ (٢) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٩ المغنى جـ ١٠ ص ٢٧٧ – شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٧٤

(٣) المدونة جـ ١٦ ص ٦٦ ، ٦٧ ، ٦٨ ، ٦٩

(٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٨٨ ، ٨٩ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٦

أما المذهب الظاهرى فيتفق مع مذهب أبى حنيفة فى هذه النقطة [(١)] .

ولا يكفى لتكوين جريمة السرقة أن يكون الشىء المأخوذ غير مملوك لآخذه بل يشترط أن تكون مملوكا لغير السارق فإن لم يكن مملوكا لأحد كالأموال المباحة أو المتروكة فإن أخذه لا يعتبر سرقة ولو كان خفية ولا يعتبر الشخص سارقاً للمال ولو لم يكن يملكه إذا كان له حق الانتفاع به فالمستأجر الذى يأخذ الشىء المؤجر له والمستعير الذى يأخذ الشىء المعار والمرتهن الذى يأخذ الشىء المرهون كل هؤلاء لا يعتبر أحدهم سارقاً ولو أخذ الشىء خفية عن المالك ما دام أنه قد أخذه لاستيفاء حقه المقرر على الشىء على أن مالك يرى قطع صاحب المنفعة إذا أخذ الشىء خفية عن مالكه قبل القبض [(٢)] ويجب أن تكون الشىء المأخوذ محلا للملك حتى تكون محلا للسرقة فإن لم تكن محلا للملك فلا يعتبر محلا للسرقة ولم يعد الإنسان بعد إبطال الرق محلا للسرقة لأنه لم يعد محلا للملك ومن ثم فلا يعتبر سرقة أخذ الأطفال خفية ولا أخذ الرجال والنساء بصفة عامة أيا كان حسبهم أو لونهم أو دينهم وقبل إبطال الرق كان العبيد والإماء محلا للسرقة فى الشريعة باعتبارهم مالا من وجه يمكن التصرف فيه كأى مال آخر، أما بعد إبطال الرق فلا يعتبر الإنسان مطلقاً محلا للسرقة عند جمهور فقهاء المسلمين وعند أبى حنيفة والشافعى وعلى الرأى الراجح فى مذهب أحمد ومذهب الشيعة الزيدية أما مالك فيخالف فى هذا الاتجاه ويعتبر سرقة يقطع فيها آخذ طفل خفية ذكرا كان أو أنثى يمكن خداعه أو أخذ مجنونا صغيراً كان أو كبيراً من حرز مثله كأن كان مع أهله أو مع كبير حافظ فإن كان الطفل كبيرا أو واعيا أو لم يكن فى حرز مثله فلا قطع ويرى الظاهريون كما يرى مالك القطع فى سرقة الحر الصغير وهو يوافق الرأى المرجوح فى مذهب أحمد ومذهب الشيعة الزيدية [(٣)] ورأى

(١) المحلى ج ١١ ص ١٥١ (٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٦ – شرح الزرقانى ج ٤ ص ٣٦٥ (٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ – أسنى المطالب ج ٤ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٨ – المغنى ج ١ص ٢٤٥ – الزرقانى ج ٨ ص ٩٤ ، ١٠٣ – المحلى ج ١١ ص ٣٢٧ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٩

القائلين بأن أخذ الأطفال لا يعتبر سرقة وإنما هو جريمة خاصة يتفق مع مذهب القانون المصرى والقانون الفرنسى ولكن يلاحظ أن القانون المصرى والفرنسى يعاقبان على خطف الأطفال بعقوبة أشد من عقوبة السرقة العادية وأن القانون الفرنسى يعبر عن خطف الأطفال باللفظ الذى يعبر به عن السرقة وهو val ولعل هذا أثر لما كان عليه القانون الفرنسى قديما من اعتبار الفعل سرقة . ويكفى لوجود السرقة أن يكون الشيء مملوكا للغير ولو كان المالك مجهولا كسرقة مال شخص غير معروف أو كان المالك غير معين كسرقة المال الموقوف على الفقراء أو الأعراب أو التعليم وهذا هو ما يراه مالك[1] وهو ما يراه الظاهريون لأنهم يرون قطع كل من سرق مالا لا نصيب له فيه[2] وعند الشافعى وأحمد أن أخذ مال المجهول حقيقة سرقة ولكن لا يقطع عندهما فيها لأنهما يشترطان للقطع مطالبة المجنى عليه بالمسروق وإذا كان المجنى عليه مجهولا فلا مطالبة ولا قطع أما سرقة مال الوقف ففيها القطع عندهما إذا لم يكن السارق من الموقوف عليهم فإن كان منهم فحكمه حكم الشريك فى المال وسنتكلم عليه فيما بعد وفى مذهب أحمد رأى بأن سرقة المال الموقوف مطلقاً لا قطع فيها بحجة أن المال الموقوف لا يملكه الموقوف عليه[3] .

والراجح فى مذهب الشيعة الزيدية فى هذه المسألة كمذهب الشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد[4] ويرى أبو حنيفة أن لا يقطع السارق إذا كان المجنى عليه مجهولا ولو أقر الجانى بالسرقة لأن القطع مشروط بمطالبة المجنى عليه ومخاصمته

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٦ — مواهب ج ٦ ص ٩ ٣، ٣١ المدونة ج ١٦ ص ٦٨
(٢) المحلى ج ١١ ص ٣٢٨
(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ ، ١٤٠ — المهذب ج ٢ ص ٢٩٨ ، ٣٠ المغنى ج ١٠ ص ٢٤٩ ، ٢٧٧ ، ٢٨٨ — كشاف القناع ج ٤ ص ٧٢ ، ٨٧
(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٥ ، ٣٦٩

الجانى ولـكن أبا يوسف يرى القطع فى حالة الإقرار[1] ولا قطع كذلك إذا كان السارق ممن أوقف عليهم المـال المسروق فإن لم يكن منهم قطع وهذا ما تقتضيه تعريف السرقة وتعريف المـال الموقوف فى المذهب فهم يعرفون السرقة بأنها أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها خفية عمن هو متصد للحفظ ما لا يتسارع إليه الفساد من المـال المتمول للغير من حرز بلا شبهة[2] ويعرفون الوقف بأنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة[3] سواء سرق العين الموقوفة أو منفعتها فهو يسرق ملك الغير ولا شبهة له فى سرقته ما دام غير مستحق فيه فيقطع بالسرقة ولا يعتبر الشخص سارقاً للمال إذا كان يملـكه، ولو كان للمجنى عليه حق الانتفاع به فالمؤجر الذى يأخذ المـال المؤجر من المستأجر والمعير الذى يأخذ المـال المعار من المستعير والمدين الذى يأخذ المـال المرهون من الدائن المرتهن أو الأمين على الرهن والغاصب الذى يأخذ ماله المغصوب من الغاصب وصاحب المال الذى يأخذ ماله المسروق من السارق كل هؤلاء لا يعتبر سارقاً ولو أخذ المـال خفية لأنه أخذ ما يملـكه[4]

ولا يقطع السارق إذا كان له شبهة الملك فى الشىء المسروق وإنما عليه التعزير فقط كسرقة الوالد من ولده لأن للوالد فى مال ولده تأويل الملك أو شبهة الملك لقول النبى صلى الله عليه وسلم «أنت ومالك لأبيك»[5] ولا يقطع السارق عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد والشيعة إذا سرق مالا مشتركاً مع المجنى عليه لأن السارق يملك المسروق على الشيوع مع المجنى عليه فيكون هذا شبهة تدرأ القطع

(١) بدائع الصنائع ص ٨٣ (٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٩ ـ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٥ (٣) حاشية ابن عابدين ص ٤٩٣

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ ـ المغنى ج ٩ ص ٢٥٦ ، ٢٥٩ كشف القناع ص ٨٤ ، ٨٥ الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧

(٥) شرح الزرقانى جـ٨ ص ٩٨ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٤ ـ المغنى جـ ١ ص ٢٨٤ بدائع الصنائع ج ٧ص ٧ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٥

ويرى مالك قطع الشريك إذا سرق المال المشترك بشرط أن يأخذ نصاباً أكثر من حقه . ويشترط أن يكون مال الشركة محجوباً عنه أى محرزاً عنه ، فإن كان المال المشترك مثلياً فلا قطع إلا أن يسرق نصاباً أكثر من نصف المال كله وإن كان المال المشترك قيمياً قطع إذا كان ما سرقه يبلغ نصابين ولو لم تكن للمسروق كل المال المشترك لأن حقه فى المسروق نصاب واحد والنصاب الثانى يستحقه الشريك المسروق منه والقاعدة عند الظاهريين أن من سرق من شىء له فيه نصيب يقطع إذا أخذ زائداً على نصيبه مما يجب فيه القطع فإن سرق أقل فلا قطع عليه إلا أن يكون منع حقه فى ذلك أو احتاج إليه فلم يصل إلى أخذ حقه إلا بما فعل ولا قدر على أخذ حقه خالصاً فلا تقطع لأنه مضطر إلى أخذ ما أخذ إذ لم تقدر على تخليص مقدار حقه[1] وفى مذهب الشافعى من يرى القطع على من سرق نصابين من المال المشترك ، وبعض أصحاب هذا الرأى يرى عدم القطع إذا كان المال المشترك قابلا للقسمة ولم يأخذ السارق أكثر من حقه ويعتبرون الأخذ قسمة فاسدة فإن أخذ أكثر من حقه نصاباً قطع وكذلك إذا أخذ نصابين من المال ولم يكن المال قابلا للقسمة وهذا يتفق مع رأى مالك ورأى القائلين بعدم القطع ليس معناه إعفاء الشريك من المسؤولية الجنائية ، فالمسؤولية قائمة ولكن العقوبة على الفعل التعزير لا القطع لأنهم يعتبرون الشركة شبهة تدرأ القطع

وسرقة المال العام حكمها حكم المال المشترك عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد والشيعة الزيدية ، لأن للسارق حقاً فى هذا المال ، وقيام هذا الحق يعتبر شبهة تدرأ عنه الحد أما مالك فيرى قطع السارق من بيت المال أو من مال الغنم ، ويرى ذلك الظاهريون أيضاً بالشروط التى يشترطونها فى المال المشترك

ويرى الشافعية القطع فى سرقة المال العام إذا خصص لطائفة لا يدخل فيها

---

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٢٨ ، ٣٢٩ ـ شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٧٦ ـ شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٩٧ ، ٩٨ ـ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٣٥ ـ كشاف القناع جـ ٤ ص ٩٤ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٩ ـ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٤٢٢

كأن خمس الفقراء وليس منهم فالقطع واجب إذا لم يكن له حق فى المال[1]،

ويرى الحنابلة القطع فى مال المغنم بعد إخراج الخمس ، فإذا سرق قبل إخراجه فلا قطع ، وإذا قسم الخمس ، فإذا سرق من خمس الله تعالى لم يقطع ، وإن سرق من غيره قطع[2].

سرقة مال المدين: ويرى مالك أنه لا قطع على من أخذ قدر حقه من مدينه المماطل أو الجاحد سواء كان ما أخذه من جنس حقه أو من غير جنسه فإن زاد ما أخذه على قدر حقه نصابا قطع به ، كذلك يقطع إذا لم يكن الدين حالا أو لم يكن المدين مماطلا أو جاحدا[3].

ولا يرى الشافعى قطع الدائن إذا أخذ أكثر من حقه نصابا ، والرأى الراجح فى مذهب أحمد كمذهب الشافعى ، أما الرأى المرجوح فيرى قطع الدائن ، لأنه ليس له أن يأخذ قدر دينه وإذا أخذ الدائن أكثر من حقه فأصحاب الرأى الأول بعضهم يرى قطعه إذا أخذ نصابا وهو رأى مالك وبعضهم لا يرى قطعه وهو رأى الشافعى ، لأن له شبهة فى هتك الحرز وأخذ ماله فصار كالسارق من غير حرز[4].

ويطبق الظاهريون قاعدتهم التى سبق ذكرها عند الكلام على سرقة المال المشترك وفى مذهب الشيعة الزيدية ثلاثة آراء أولها قطع من سرق مال المدين ما دام أنه سرق من جنس حقه وكان المسروق مساويا الدين فى العدد والجنس كأن سرق عشرة دراهم والمسروق منه مدين بعشرة دراهم ، فإن كان الدين حالا فلا قطع ، لأن الأخذ مباح له ، لأنه ظفر بجنس حقه ، ومن له الحق إذا ظفر بجنس حقه يباح له أخذه ، فإذا أخذه صار مستوفيا لحقه وكذلك الحكم لو أخذ أكثر من حقه ، لأن بعض المأخوذ حقه على الشيوع ولا قطع فيه فلا

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٤

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٨٨ — شرح الأزهار ص ٣٦٩

(٣) شرح الزرقانى ج ٢ ص ٩٨ (٤) المغنى ج ١ ص ٢٥٨

يقطع في غيره كما هو الحال في المال المشترك

أما إذا كان الدين مؤجلا فالقياس أن يقطع ، ولكنهم يرون استحسانا أن لايقطع ، لأن حق الأخذ ليس سببه حلول الأجل وإنما سبب ثبوته هو قيام الدين في ذمة المسروق منه ووجود الأجل لا أثر له على قيام الدين وإنما أثره في تأخير المطالبة بالدين، فقيام سبب ثبوت الدين يورث شبهة والشبهة تمنع من القطع

وإن سرق خلاف جنس حقه بأن كان عليه دراهم فسرق دنانير أو عروضاً قطع ، لأنه لايملكه بغير الأخذ ، بل بالاستبدال والبيع ، فكان سارقا ملك غيره ، لكنه إذا دفع التهمة بأنه أخذه استيفاء لحقه فلا يرى البعض قطعه لأنه يعتبر متأولا إذ اعتبر المعنى ، وهو المالية لا الصورة ، والأموال كلها في معنى المالية متجانسة ، وإذا كان الأخذ عن تأويل لايقطع[1]

وعن أبي يوسف أنه لاقطع إذا أخذ خلاف جنس حقه ، لأن بعض العلماء في المذاهب الأخرى يجيزون لمن ظهر بغير جنس حقه أن يأخذه استيفاء لحقه ولكن المذهب على خلاف رأى أبي يوسف

وإذا سرق الجاني من مدين أبيه أو من مدين ولده قطع ما لم يقم دليلا على أنه وكيل عنه أو وصى عليه

ويشترط أبو حنيفة أن تكون للمسروق منه يد صحيحة على الشيء المسروق ، يد الملك ، أو يد الأمانة ، كالمودع أو يد الضمان كيد الغاصب والقابض على سوم الشراء ، لأن منفعة يد الغاصب عائدة للمالك ، والمغصوب مضمون عليه ، وضمان الغصب عند أبي حنيفة ضمان ملك ، فأشبهت يد الغاصب يد المشترى كذلك فإن المقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض ، ويرتب أبو حنيفة على هذا الشرط ألا قطع على السارق من سارق، لأن يد الأخير ليست صحيحة فلا هي يد ملك ولا أمانة ولا ضمان ، ولكن إذا درىء القطع عن السارق الأول قطع الثاني ، لأن درء الحد عن السارق الأول يجعله ضامناً المسروق، ويد الضمان

(١) بدائع الصنائع ص ٧١ ، ٧٢ — شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٣٦

يد صحيحة ، ويحمل أبو حنيفة السارق ضامناً إذا درىء عنه القطع ولا يحمله ضامنا إذا قطع ، لأن القاعدة عنده أن القطع والضمان لا يجتمعان[1] .

ولا يشترط مالك شروطاً خاصة في المسروق منه ، وكل مايشترطه مالك أن يكون المسروق ملك الغير ، سواء سرق من يد المالك أو من يد غيره مطلقا ، لأن السارق يسرق ملك غيره في كل حال ، ويترتب على هذا أن مالكا يقطع السارق من السارق ، والسارق من الغاصب ، والسارق ممن يقوم مقام المالك كالمودع والمرتهن والمستأجر[2] والقاعدة عند مالك أن من سرق مالا للغير من حرز لاشبهة فيه قطع

ويرى أحمد أن يكون المسروق منه هو المالك أو من يقوم مقامه ، فإذا أخذه من غيرهما فهو أشبه بما لو أخذ مالا ضائعاً والفرق بينه وبين السارق أن السارق يزيل يد المالك أو نائبه عن الشيء ويأخذه من حرزه ، ويرتب أحمد على هذا أن السارق من المالك أو نائبه يقطع إذا توفرت كل شروط القطع أما السارق من السارق أو الغاصب فلا قطع عليه ولو كان المال محرزاً[3]

أما الشافعي ففي مذهبه رأيان أحدهما كرأى مالك ، والثاني كرأى أحمد، ويعللون الرأى الأول، بأن السارق يقطع ، لأنه سرق مالا لاشبهة له فيه من حرز مثله ، ويعللون الرأى الثاني ، بأن السرقة من حرز لم يرضه المالك ، وأن المحرز ليس هو المالك ولا نائبه[4]

وأما الشيعة الزيدية فرأيها يتفق مع مذهب الشافعي ، فلا قطع عند بعضهم على السارق من السارق ولا الغاصب ، وبعضهم يرى القطع[5]

وعند الظاهرية أن السرقة هي الاختفاء بأخذ الشيء ليس له ، وأن السارق

---

(١) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٨ (٢) شرح الزرقاني ص ٩٦
(٣) المغني جـ ١ ص٢٥٧
(٤) المهذب جـ ٢ ص ٢٩٩ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨
(٥) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٦٩

هو المختفى بأخذ ما ليس له ، ويترتب على هذا التعريف أن يقطع السارق كلما أخذ ماليس له ، ولو كان أخذه من سارق أو غاصب (١)

ويترتب على الأحكام السابقة أنه إذا سرق سارق من آخر فدرىء القطع عن الأول كان القطع على الثانى ، لأن يده تصلح يد ضمان فى رأى أبى حنيفة وإذا قطع السارق الأول فى مال ، فسرقه منه آخر فلا قطع على الآخر ، لأن يد المسروق منه ليست يد ملك ولا أمانة ولا ضمان ، إذ هو بالقطع لا يضمن المسروق ، وعند أحمد لا قطع على السارق الثانى سواء قطع الأول أو درىء عنه القطع ، لأن السرقة ليست من المالك أو من يقوم مقامه وعند مالك يقطع السارق الثانى سواء قطع الأول أم لم يقطع ، لأنه سرق مالا للغير لا شبهة له فيه من حرزه ولو توالت السرقات وتعدد السراق (٢) وكذلك الحكم عند الظاهرية ، أما عند الشافعى والشيعة الزيدية ، فبعضهم يرى القطع على السارق الثانى وبعضهم لا يراه ، لأن منهم من يأخذ برأى يتفق مع رأى مالك ، ومنهم من يأخذ برأى يتفق مع رأى أحمد كما ورد ذلك فى المراجع السابقة

وإذا سرق السارق مالا فقطع فيه ورد المال لصاحبه فعاد نفس السارق وسرق نفس الشىء قطع أيضاً بالسرقة الثانية لهذا المال فى رأى مالك والشافعى وأحمد والظاهريين ، لأن القطع عقوبة تتعلق بفعل السرقة ، فتتكرر العقوبة كلما تكرر الفعل ولا عبرة بالعين التى تقع عليها الفعل ، ويستوى عندهم أن تكون العين قد بقيت على حالتها التى كانت عليها وقت السرقة الأولى ، أم تكون قد تغيرت (٣)

ويفرق الحنفيون بين ما إذا كان الشىء قد بقى على حاله أم تغير ، فإن كان الشىء باقيا على حاله فالقياس هو القطع إلا أن بعض الفقهاء فى المذهب لا يرون

(١) المحلى جـ ١١ ص ٣٢٧ (٢) المدونة جـ ١٦ ص ٦٩

(٣) المدونة جـ ١٦ ص ٦٩ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٤١ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٨٥

القطع استحسانا ، لأن عصمة المال تسقط بالسرقة الأولى ، فإذا عادت العصمة بالرد فإنها تعود مع شبهة العدم ، لأن السقوط لضرورة وجوب القطع ، وأثر القطع قائم بعد الرد فيورث شبهة في العصمة أما إذا كان المال قد تغير فالقاعدة في المذهب الحنفي أنه إذا كان المال قد تغير وأصبح في حكم عين أخرى ففيها القطع ، فإذا سرق غزلا فرده للمالك فنسجه ثوبا فعاد وسرق الثوب قطع به ، ولو سرق بقرة فقطع فيها ثم ردت لمالكها فولدت عجلا فسرق العجل يقطع به لأنه سرق عينا أخرى (١)

وفي مذهب الشيعة الزيدية رأيان : أولهما يرى أن من عاد إلى سرقة ما قد قطع فيه لم يقطع ، ورأى يرى أنه يقطع ، وحجة من لا يرى القطع ، أن القطع الأول يصبح شبهة (٢)

ولا قطع في مذهب أبي حنيفة على من ضمن المسروق قبل إخراجه من الحرز ، لأن وجوب الضمان يؤدي إلى ملك المضمون من وقت وجود سبب الضمان فكأنه ملكه قبل إخراجه من الحرز ، واختلفوا فيمن سرق ثوبا فشقه قبل الخروج به من الحرز أو ذبح شاة ثم أخرجها من الحرز مذبوحة ، فقال أبو يوسف بعدم قطع السارق ، لأنه شق الثوب وذبح الشاة في الحرز يؤخذ منه سبب الضمان في الحرز . ووجوب الضمان يوجب ملك المضمون من وقت وجود السبب ، وذلك يمنع القطع ، ويرى أبو حنيفة ومحمد قطع سارق الثوب ، لأن السرقة تمت والثوب على ملك المجني عليه إذ الملك لا يزول عنه إلا باختيار الضمان ، فقبل الاختيار كان الثوب على ملكه وعلى هذا فيقطع ، وكذا الأمر في الشاة ، إلا أنه لما أخرج الشاة من الحرز كانت لحما ولا قطع في اللحم ، أما لو أتلف الثوب إتلافا يستهلكه فلا قطع عليه وإن كانت قيمة الثوب بعد إخراجه نصابا ، لأن التحريق أو الشق المستهلك يوجب استقرار الضمان من وقت الفعل ، وهذا

---

(١) بدائع الصنائع ص ٧٢ ، ٧٣

(٢) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٧٣

ضمونه يوجب ملك المضمون (١) .

ويرى مالك والشافعي أن العبرة بقيمة المسروق خارج الحرز ، فإن بلغ نصاباً قطع السارق ، وإن لم يبلغ نصابا فلا قطع ، فمن ذبح شاة أو أفسد طعاما أو شق ثوبا يقطع إذا بلغت قيمة ما خرج به من الحرز نصابا (٢)

والظاهريون يرون قطع السارق إذا أخذ خفية نصابا ، وهم لا يعترفون بالحرز ولا يشترطونه ومذهب الشيعة الزيدية في هذه المسألة كمذهب الحنفية (٣)

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن ما يستهلكه السارق داخل الحرز أو يتلفه لا يعتبر سرقة ، وإنما يعتبر إتلافا عقوبته التعزير ، ولكن مذهب الظاهريين يقتضي أن ما يستهلك داخل الحرز يعتبر سرقة مادام قد أخذ على وجه الخفية (٤)

ومن ثم لا تضاف قيمة المستهلك داخل الحرز أو المتلف إلى قيمة ما أخرج من الحرز لتكملة النصاب ، فلو أكل السارق داخل الحرز من الطعام ما يساوي نصف نصاب ثم خرج ومعه من نفس الطعام نصف نصاب، فإنه لا يقطع ، لأن ما خرج به من الحرز لم يبلغ نصابا كاملا ، ولكنه يقطع عند الظاهريين لأنه أخذ نصابا كاملا

وإذا ادعى السارق ملكية المسروق ، فيرى مالك أن ادعاء ملكية المسروق في ذاته ليس له قيمة ولا يدرأ عنه العقوبة إلا إذا أثبت صحة ما يدعيه ، فإذا لم يكن دليل حلف المجني عليه أن المتاع المسروق له وليس للسارق فإن نكل حلف السارق ودفع إليه المتاع ولم تقطع يده (٥)

ويرى أبو حنيفة أنه إذا ادعى السارق ملكية المسروق درىء عنه القطع

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٠ ، ٧١
(٢) شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٩٩ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٨ ـ المغني جـ ١٠ ص ٢٦١
(٣) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٦٤ ، ٣٧٥
(٤) هكذا وجدنا الأصل ، والظاهر أنها زيادة استغنى عنها بدليل الـ ... الذي بعدها .
(٥) المدونة جـ ١٦ ص ٧٤

لمجرد الادعاء دون حاجة لأن يقيم دليلا على صحة أدعائه ، وتكون العقوبة التعزير ، لأن المسروق منه قد صار خصما له في ملكية الشيء المسروق ، فإن أدعى عليه مالو أقر به لزمه وتمكن من إثباته عليه بالبينة ، وإن طلب يمينه كان له أن يستحلفه عليه ، وبعد ما آل الأمر إلى الخصومة لا يستوفي الحد ، لأن المسروق منه إذا وجه اليمين للمتهم على ملكية الشيء فامتنع عن حلفها قضى عليه بالنكول ، وإن ردها على المسروق منه فحلفها قضى عليه باليمين فالقول بالقطع عند الادعاء بملكية المسروق يؤدي إلى استيفاء الحد باليمين والنكول[1]

ويرى الشافعي أن أدعاء السارق بملكية المسروق أو ملكية الحرز ، أو أنه أخذه من الحرز بإذنه أو أنه أخذه والحرز مفتوح ، أو صاحبه معرض عن الملاحظة أو أنه دون النصاب سقط عنه القطع بمجرد دعواه وإن ثبتت السرقة بالبينة لاحتمال صدقه فصار شبهة دارئة للقطع ، لأنه صار خصما ، ولا يستفصل بعد ثبوت السرقة عن كون المسروق ملكه ، وإن كان فيه سعى في سقوط الحد عنه لأنه إغراء له بادعاء الباطل ، ولكن مجرد أدعائه لا يثبت له المال وإن درأ عنه القطع إلا ببينة أو يمين مردودة ، فإن نكل عن اليمين المردودة لم يجب القطع لسقوطه بالشبهة[2]

وفي مذهب أحمد ثلاثة آراء الرأي الأول كرأي مالك والثاني كرأي الشافعي وهو الراجح في المذهب ، والرأي الثالث إن كان معروفا بالسرقة لم يسقط عنه القطع ، وإن لم يكن معروفا بها سقط عنه القطع[3] ومذهب الشيعة الزيدية أن الادعاء بالملكية يسقط القطع دون حاجة لإقامة الدليل على صحة هذا الادعاء[4]

ويلاحظ أن سقوط القطع ليس معناه إعفاء الجاني من المسئولية الجنائية بل يبقى مسئولا عن جريمته ويعاقب عليها بعقوبة التعزير بدلا من عقوبة القطع

(١) بدائع الصنائع (٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩
(٣) المغني جـ ١٠ ص ٣٠١ (٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٤

ويشترط اتفاقاً فى المال المسروق أن يكون معصوماً فإذا لم يكن معصوماً كان مباحاً ولا يعتبر أخذه سرقة كمال الحربى غير المستأمن ومال الباغى، فإنه غير معصوم، ولا قطع فى أخذه خفية

على أن مال العادل إذا أخذه الباغى لا قطع به كذلك لا يقطع الحربى بسرقة مال المسلم والذمى. ويرى أبو حنيفة استحساناً ألا قطع فى سرقه مال الحربى المستأمن وإن كان القياس أن نقطع لأنه سرق مالا معصوما، إذ الحربى يستفيد العصمة بالأمان، ووجه الاستحسان أن هذا مال فيه شبهة الإباحة، لأن الحربى المستأمن من أهل دار الحرب «أى منتم إلى دولة محاربة» وإنما دخل دار الإسلام ليقضى حوائجه ثم يعود عن قريب، فكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة الإباحة فى ماله، لأنه كان فى الأصل مباح المال وإنما ثبتت العصمة لنفسه وماله بأمان عارض هو على شرف الزوال. فعند الزوال يظهر أن العصمة لم تكن على الأصل المعهود، وكل عارض على أصل إذا زال يلحق بالعدم كأن لم يكن، فتصبح العصمه كأن لم تكن ثابتة من قبل، بخلاف الحال مع الذمى لأنه من أهل دار الإسلام وقد استفاد العصمة بأمان مؤبد، فكان معصوم الدم والمال عصمة مؤبدة مطلقة ليس فيها شبهة الإباحة ويرتب أبو حنيفة على رأيه هذا ألا قطع على الحربى المستأمن إذا سرق مال المسلم أو الذمى، لأنه أخذه على اعتقاد الإباحة، ولأنه لم يلتزم أحكام دار الإسلام، ولكن أبا يوسف يخالفه فى هذه ويرى قطع الحربى المستأمن إذا سرق مال مسلم أو غير مسلم وفى مذهب أبى حنيفة لا قطع العادل فى سرقة مال الباغى، لأن ماله ليس بمعصوم فى حقه كنفسه، ولا الباغى فى سرقة مال العادل، لأنه أخذه عن تأويل، وتأويله وإن كان فاسداً لكن التأويل الفاسد عند انضمام إليه يلحق بالتأويل الصحيح فى منع وجوب ... [1]

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧١

ويرى مالك قطع للمستأمن إذا سرق مسلما أو غير مسلم ، كما يرى قطع المسلم والذمي في سرقة مال المستأمن[1] .

وفي مذهب الشافعي أقوال في سرقة المعاهد والمستأمن والسرقة منهما . أحسن هذه الأقوال أنه يقطع إذا اشترط في العهد أو الأمان قطعه بسرقة ، لأنه في هذه الحالة يكون ملتزماً للأحكام . فإذا لم يشترط ذلك فلا يقطع لانتفاء التزامه ويكون حكمه حكم الحربي ولا يقطع أيضاً مسلم أو ذمي بسرقتهما ماله إلا إذا اشترط قطعه في السرقة لاستحالة قطعهما بماله دون قطعه بمالهما[2] على أن البعض يرى ألا يقطع المستأمن والمعاهد بالسرقة ولو اشترط قطعهما بها ، ولا يقطع لهما بسرقة مالهما[3]

وفي مذهب أحمد رأيان . أرجحهما أن يقطع المستأمن بسرقة المسلم والذمي ، ويقطعان بسرقته لأن القطع حد يجب عليه كحد القذف ، وإذا كان القطع واجباً لصيانة الأموال فإن حد القذف واجب لصيانة الأعراض ، فإذا وجب أحدهما في حق المستأمن وجب الآخر ، وأما حد الزنا فلم يجب ، لأنه يجب بالزنا قتله لنقضه العهد ، ولا يجب مع القتل حد سواه ، وهذا رد على أصحاب الرأي الثاني الذين يقولون ، إن المستأمن لا يقطع بالسرقة ، لأنه حد لله تعالى فلا يقام عليه حد كحد الزنا[4]

سرقة الكفن : يرى أبو حنيفة ألا قطع في سرقة الأكفان وله في ذلك حجتان الأولى – أن الكفن مال تافه ، لأن الطباع السليمة تنفر من ذلك . ولأنه لا ينتفع به مثل ما ينتفع بلباس الحي ، ففي مالية الكفن إذن قصور ، والقصور فوق الشبهة والشبهة تدرأ بالحد ، فالقصور أولى والثانية – أن الكفن ليس مملوكاً لأحد

(١) المدونة ج ١٦ ص ٧٥ ، ٩١ – شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٢ ، ٩٧
(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٤٠ (٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ .
(٤) المغني ج ١٠ ص ٢٧٦ .

فهو ليس ملك الميت ، لأن الميت لا ملك له وهو ليس على ملك الورثة ، لأن تكفين الميت وتجهيزه مقدم على حق الورثة ، وإذن فهو غير مملوك لأحد[١] .

وأما مالك وأحمد والشافعي ومعهم أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة فيرون قطع سارق الكفن ، لأنهم لا يقرون نظرية التفاهة التي يقول بها أبو حنيفة . وعندهم أن كل ما يباع ويشترى فهو مال متقوم يقطع في سرقته ، وعلى هذا فالكفن مال مسروق من حرز مثله وهو القبر ، وهو على ملك الميت إن كان من ماله ، أو على ملك الورثة على رأى ، والأصل أن الميت لا يزول ملكه إلا عما لم يكن في حاجة إليه أما الكفن فهو في حاجة إليه فبقى على ملكه ، ولكنهم يشترطون للقطع أن يكون الكفن مشروعاً وأن تبلغ قيمته نصابا ، فإن كان الكفن زائداً عن الحد الشرعي فلا تدخل قيمة الزائد في احتساب النصاب ، وإنما تحتسب فقط قيمة الجزء المشروع ، فإن قلت عن النصاب فلا قطع ، وكذلك لا قطع فيما يوضع مع الميت في قبره من الأشياء الثمينة كالمصوغات وغيرها لأن الشرع لا يبيح وضع هذه الأشياء من ناحية ولأن القبر ليس حرزاً لها من ناحية أخرى

ويشترط الشافعيون أن يكون القبر في بيت محرز أو في مقبرة في عمارة ولو في حد البلد ، فإن كان القبر في بيت غير محرز أو في مفازة فلا قطع ، ولكن الحنابلة يرون القبر حرزاً ولو بعد عن العمران مادام القبر مطموما الطم الذي جرت به العادة[٢]

ويرى الظاهريون قطع سارق الكفن ، لأن السارق هو الآخذ شيئاً لم يبح الله تعالى أخذه ، فيأخذه متملكا له مستخفياً به ، وتلك صفة النباش فهو سارق[٣]

(١) بدائع الصنائع ﺟ ٧ ص ٦٩ ، ٧٦

(٢) شرح الزرقاني ﺟ٨ ص ١٠٦ — أسنى المطالب ﺟ ٤ ص ١٤٥ — المغني ﺟ ١٠ ٢٨٠ — كشاف القناع ﺟ ٤ ص ٨٢ (٣) المحلى ﺟ ١١ ص ٣٣٠

كذلك فإن الشيعة الزيدية ترى القطع فى سرقة الكفن[1] .

والقائلون من الفقهاء بقطع سارق الكفن تتفق مع رأيهم ما أحدث به المحاكم المصرية والفرنسية ، إذ تعتبر الأشياء الموضوعة فى القبر من كفن وغيره على ملك الورثة أو واضعها ، على أن هناك من يرى رأى أبى حنيفة ، ويعتبر الأكفان من قبيل المتروكات التى لا عقاب على أخذها ، أو يرى أن هذه الأشياء لا مالك لها[2] .

الأشياء المباحة . هى التى لا مالك لها أصلا وتكون ملكاً لمن يضع يده عليها ويختارها كالماء فهو مباح أصلا . ولكنه يصبح مملوكا لمن يختاره ويضع يده عليه ، وكاللآلىء فى قاع البحار ، وكالطيور والحيوانات البرية ، وكالأسماك فهذه كلها مباحة أصلا ، إذ لا مالك لها ولكنها تصبح مملوكة لمن يختارها

والاستيلاء على الأشياء المباحة لا يعتبر فى الشريعة سرقة لأنها مال لا مالك له ولأن شروط الأخذ خفية لا تتوفر فيها ، فهى لا تؤخذ من حرز ولا تخرج من حيازة شخص إلى حيازة الجانى

الأشياء المتروكة هى الأشياء التى كانت مملوكة للغير ثم تخلى عنها مالكها كالملابس المستهلكة وبقايا الطعام ، وكناسة المنازل

وحكم الأشياء المتروكة هو حكم الأشياء المباحة ، لأن الأشياء المتروكة تصبح بتركها ولا مالك لها وملك الشىء للغير واجب لاعتبار السرقة

٦١٥ - اللقطة وهى ما يلتقط من مال ضائع ، أو مال متروك على ملك تاركه ، أو مال

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧١

(٢) أحمد بك أمين ص ٣٦١ - شرح قانون العقوبات - القللى ص ٤٥

ضال[1] أو هى ما وجد من حق ضائع محترم لا يعرف الواجد مستحقه[2] أو هى المال الساقط أو الحيوان الضال لا يعرف مالكه[3] ويقابل تعبير اللقطة فى الشريعة ما نسميه اصطلاحاً بالأموال الفاقدة أو الضائعة

ولا يعتبر أخذ اللقطة فى الشريعة سرقة ، حتى ولو أخذها الملتقط بنية تملكها وإنما يعتبر الملتقط مرتكبا لجريمة أخرى هى كتمان اللقطة أو كتمان الضالة ، ولهذه الجريمة عقوبة أخرى تختلف عن عقوبة السرقة ، فعقوبة السرقة القطع ، وعقوبة كتمان اللقطة أو الضالة التعزير وغرامته مثليها على رأى

ولم تلحق الشريعة كتمان اللقطة بالسرقة ، ولو أن المال الملتقط له مالك ، لأن هناك فرقاً كبيراً بين الالتقاط والسرقة فالملتقط يعثر على المال مصادفة ولا ينتوى التقاطه إلا بعد العثور عليه ، أما السارق فيقصد السرقة عالماً قبل الأخذ خفية وقبل أن يعثر على المال المسروق . والملتقط يعثر على المال وهو غير محرز . أما السارق فيسرق عالماً من حرز ، والسارق يأخذ المسروق خفية ، أما الملتقط فلا يختفى بأخذ اللقطة وليس ثمة ما يدعو للخفية ، بل إن بعض الفقهاء يرى الالتقاط واجباً لأنه يؤدى لحفظ المال ، وإن كان بعض الفقهاء يقول بكراهيته ، فإنما يقول به لما يخاف من تقصير الملتقط فيما يجب عليه من تعريف اللقطة ، والالتقاط فى ذاته لا تحرمه الشريعة وإنما المحرم هو كتمان اللقطة ولكن السرقة محرمة لذاتها كذلك الإبل فإنها لا تلتقط باتفاق

ولهذه الفروق الظاهرة ، فرقت الشريعة بين السرقة والالتقاط وجعلت كلا منهما جريمة مستقلة ، وبهذا يأخذ كثير من القوانين الوضعية الحديثة ، كالقانون البلجيكى والقانون الإيطالى ، ولكن القانون الفرنسى والقانون المصرى يجعلان

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٢١

(٢) أسنى المطالب ج ٢ ص ٤٨٧

(٣) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠

الالتقاط فى حكم السرقة و سابيان عليه عقوبة السرقة إذا حبس الملتقط الشيء بنية تملكه

والأصل فى اللقطة ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن لقطة الذهب والورق فقال اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة . فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه» .وسئل عن ضالة الإبل فقال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها ، وسئل عن الشاة فقال خذها فإنما هى لك أو لأخيك أو للذئب

وكتمان اللقطة محرم سواء انتوى الملتقط وقت الالتقاط تملك الشيء وكتمان اللقطة أو لم ينتو ذلك إلا بعد الالتقاط ، لأن العقوبة على الكتمان وليست على مجرد الالتقاط ، على أن للنية أثرها فى بعض حالات الضمان وإن لم يكن لها أثر على وجوب العقاب

وللقطة أحكام خاصة فى الشريعة أهمها أن يعرف الملتقط اللقطة ويعلن عنها لمدة معينة وله بعد ذلك أن يتصرف فى الشيء ويتصدق بثمنه أو ينفقه على نفسه ولو كان غنياً على رأى ، ولصاحب الشيء أن يسترده كلما كان موجوداً ، وله أن لم يكن موجودا الرجوع بثمنه على الملتقط[1]

الركاز والكنز : الركاز هو المال المدفون فى الأرض ويسمى الركاز الكنز أيضاً فى اصطلاح بعض الفقهاء وأن البعض يسمى ماوجد عليه سيماء الجاهلية ركازاً وما وجد عليه سيماء الإسلام كنزاً

والأصل فى الركاز قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «وفى الركاز الخمس» والمال

(١) نهاية المجتهد ج ٢ ص ٥٥ وما بعدها ــ أسنى المطالب ج٢ ص ٢٨٧ وما بعدها المحلى ج ٨ ص ٢٥٧ وما بعد ــ بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢ وما بعدها ــ كشاف القناع ج ٢ ص ٤٢١ وما بعدها ــ شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٨

الذى يسمى ركازا هو ما كان من دفن الجاهلية ، ويعتبر ذلك بأن ترى عليه علاماتهم كأسماء ملوكهم وصورهم وصور أصنامهم ونحو ذلك ، فإن كان عليه علامة الإسلام أو اسم النبى صلى الله عليه وسلم أو اسم أحد من خلفاء المسلمين أو وال من ولاتهم أو آية من قرآن أو نحو ذلك فالمال لقطة وقد عرفنا فيما سبق حكم اللقطة ، إذ المفروض فيه أنه ملك مسلم لم يعلم زواله عنه وإن كان على بعضه علامة الإسلام وعلى بعضه علامة الكفر فهو لقطة أيضاً

والركاز الذى فيه الخمس هو كل ما كان مالا على اختلاف أنواعه من الذهب أو الفضة والحديد والنحاس والرصاص والآنية إلى غير ذلك على رأى . وهو الذهب والفضة فقط على رأى آخر ، أما ماعداهما فحكمه حكم المعادن التى توجد فى بطن الأرض ، و يفرق رأى ثالث بين ما اختلط بالتراب و يعتبر معدنا ، و بين ماندل حالته على أنه دفن بفعل آدمى و يعتبره ركازاً

وهنالك خلاف على ملكية الركاز فالبعض يراه مملوكا لواجده ، والبعض يراه مملوكا لمالك الأرض على تفصيل لامحل لذكره هنا[1]

و إذا اعتبر الركاز لمالك الأرض فإن أخذه واجده لايعتبر سرقة ، ولو حفر عليه وأخذه ، لأن مالكه لايعرف شيئاً عنه فلايعتبر أنه أحرزه ، ولأن المال لايمكن أن يؤخذ خفية ، لأن البحث والحفر يقتضى العلانية فهو اختلاس أو غصب وفيه التعزير ، ولا قطع فيه لماسبق ، وحتى لو اعتبر سرقة فإن الخلاف على الملكية يعتبر شبهة تدرأ الحد

(١) مواهب الجليل ج ٢ ص ٣٣٩ ــ شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٥٠٢ ــ المغنى ج ٢ ص ٦١٢ ــ أسنى المطالب ج ١ ص ٣٨٥ ــ شرح الأزهار ج١ ص ٥٦٢ ــ المحلى لابن حزم

الركن الرابع

القصد الجنائى

٦١٦ – لايعتبر الأخذ جريمة سرقة إلا إذا توفر لدى الآخذ القصد الجنائى ويتوفر القصد الجنائى متى أخذ الجانى الشىء وهو عالم أن أخذه محرم ومادام أنه يأخذه قصد أن يتملكه لنفسه دون علم المجنى عليه ودون رضاه فمن يأخذ شيئاً على اعتقاد أنه مباح أو متروك فلا عقاب عليه لانعدام القصد الجنائى، ولأنه أخذ ماظنه مباح الأخذ، ومن أخذ شيئاً دون أن يقصد تملكه كأن أخذه ليطلع عليه أو ليستعمله ويرده أو أخذه على سبيل الدعابة، أو أخذ شيئاً وهو يعتقد أن المجنى عليه موافق على أخذه، كل أولئك لايعتبر أحدهم سارقا لانعدام القصد الجنائى

ويجب أن يؤخذ الشىء بنية تملكه، فمن يأخذ شيئا لغيره ويعدمه فى مكانه لايعد سارقا، وإنما هو متلف للشىء وكذلك الحكم لو استهلك الشىء فى محله كطعام أكله أو شراب شربه أو طيب تطيب به، فإن خرج بالشىء من حرزه ثم أتلفه أو استهلكه خارج الحرز فهو سارق لامتلف، وهذا رأى جمهور الفقهاء إلا أن الظاهريين يرون استهلاك الشىء فى الحرز سرقة لا إتلافا، لأنهم لايعتبرون الحرز، ولأنهم يرون السرقة تامة بمجرد وضع يد المتهم على الشىء المسروق وضعاً مادياً

ومن يأخذ شيئاً مملوكا له لاعقاب عليه، لأنه لايمكن أن يقال إنه أخذ الشىء بقصد تملكه إذ هو مالكه، فلا يعد سارقاً المؤجر الذى يأخذ العين التى

أخرها ، ولا للمعير ولا للمودع إذا أخذ العين التي أعارها أو أودعها ، ولا يعد سارقاً من يتصرف في الشيء تصرف الوكيل ولو لم يوكل في هذا التصرف لأنه لم يأخذه بقصد تملكه كالشريك الذي يبيع العين المشتركة بغير أن يقصد الاستئثار بنصيب شريكه ، والدائن الذي يأخذ شيئاً لمدينه لا يقصد تملكه وإنما يقصد حبسه تحت يده حتى يسدد له دينه لا يعتبر سارقاً ، لأنه لم يقصد تملك الشيء . أما إذا أخذه وهو يقصد تملكه سداداً لدينه فحكمه ماتقدم عند الكلام عن أخذ مال المدين .

ومن أخذ شيئاً متنازعاً على ملكيته لا يعد سارقاً متى ثبت أنه المالك له حقا ، فإذا لم تثبت له الملكية فالعبرة بجدية النزاع وبقصد الجاني ، فإن كان النزاع جدياً أو كان قد أخذه وهو يعتقد أنه مالك له فالقصد الجنائي غير متوفر .

ولا يكفي القصد الجنائي مع الأخذ خفية لعقاب الآخذ ، فهناك حالات تتوفر فيها كل أركان السرقة ومع ذلك فلا يعاقب الآخذ إطلاقاً ، أو يعاقب بالتعزير دون القطع . فمن أخذ خفية مال حربي أو مال باغ بقصد تملكه ، فلا يعتبر سارقاً ولا عقوبة عليه ، لأن أخذ مال الحربي ومال الباغي مباح ، ومثل ذلك استعمال الحقوق أو أداء الواجبات التي تبيح إتيان الفعل أو توجب إتيانه كحق الدفاع الشرعي يبيح للإنسان أن يستولي من مال غيره على ما يدفع به عن نفسه ، فمن أخذ شيئاً للآخر ليدفع به جريمة قتل عن نفسه ، وظل يضرب به حتى تحطم واستهلك فلا عقوبة عليه .

ولا قطع على غير المكلف إذا أخذ خفية شيئاً لغيره بقصد تملكه ، كالحربي يأخذ مال المسلم أو الذمي ، وكالباغي يأخذ مال أحدهما لأنه لا مسئولية على أحدهما .

ولا قطع على المجنون أو المعتوه أو الصغير غير المميز إذا أخذ خفية مالا لغيره بقصد تملكه ، لأن حالة الجنون والعته والصغر مما يرفع العقوبة الجنائية عن

الفاعل ، على أن امتناع القطع فى السرقة قد لا يمنع من عقوبة التعزير كما هو الأمر مع الصبى الذى يزيد سنه على سبع ولم يبلغ خمسة عشر فلا يقطع ، ولكنه يعاقب بعقوبة تأديبية

ولا عقاب على السرقة فى حالة الإكراه المادى أو الأدبى ، فمن يجبر مادياً على سرقة شىء ، أو يهدد بالقتل إن لم يسرقه لا عقاب عليه إذا سرق تحت تأثير التهديد

ولا عقاب على مضطر لقوله تعالى ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ فمن سرق ليرد جوعاً أو عطشاً مهلكاً لا عقاب عليه

ويعاقب السارق غير المضطر فى عام المجاعة بعقوبة تعزيرية ، ولكنه لا يقطع بشرط أن لا يجد ما يشتريه أو يشترى به ولو لم يضطره الجوع للسرقة .

٦١٧ ـ عقوبة الشريك إذا كان الشريك الآخر لا يقطع : يرى مالك والشافعى أنه إذا اشترك اثنان فى سرقة ، وكان أحدهما ممن لا يجب عليه القطع كالصغير غير المميز مع البالغ ، أو المجنون مع العاقل البالغ والأب مع الأجنبى فيقطع البالغ وحده دون الصغير والمجنون ، وحجتهما أن القطع امتنع عن الصغير والمجنون لمعنى يخصه قائم فى نفسه فلا يتعداه لشريكه [1] ويرى أبو حنيفة وزفر أنه إذا اشترك من لا قطع عليه مع من عليه القطع درىء القطع عن الشركاء ، وحجتهما أن السرقة واحدة ، وقد حصلت ممن يجب عليه القطع ممن لا يجب عليه القطع ، فلا يجب القطع على أحد ، كالعامد مع المخطىء إذا اشتركا فى قطع أو قتل ، وإذا كان الإخراج أصل فى السرقة إلا أنه يحصل من الكل معنى لاتحاد الكل فى معنى التعاون ، فكان إخراج من لا قطع عليه مثل إخراج من عليه القطع ضرورة الاتحاد ، ومن ثم وجبت المساواة بينهما فى العقوبة . ويرى أبو يوسف منع القطع عمن يجب عليه القطع إذا كان الذى تولى الإخراج هو الشخص الذى لا يجب عليه القطع ، لأن الإخراج من الحرز

(١) شرح الزرقانى ص ٩٥ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ ، ١٣٩

هو الأصل ، والإعانة كالتابع ، فإذا ولى الإخراج من ليس عليه قطع فقد أتى بالأصل ، وإذا لم يجب على من أتى بالأصل قطع ، لم يجب على من أتى بالتابع[1]

وفى مذهب أحمد رأيان أحدهما يتفق مع رأى الشافعى ومالك ، والثانى كرأى أبى حنيفة[2]

ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب الشافعى ومالك[3]

المبحث الثانى

فى أدلة السرقة

تثبت جريمة السرقة بما يأتى

٦١٨ – أولا – البينة : أى شهادة الشهود وتشترط فى شهود السرقة ما سبق بيانه من الشروط التى يجب توفرها فى شهود الزنا على الخلاف والوفاق الذى ذكر بين الفقهاء وتثبت السرقة بشهادة شاهدين اثنين فإن قل العدد عن اثنين أو كان أحدهما امرأة أو كان أحدهما شاهد رؤية والآخر شاهد سماع فلا قطع بشهادتهما

وتقبل شهادة رجل وامرأتين ، وشهادة شاهد رؤية وشاهدى سماع ، وشهادة شاهد ويمين المدعى بقصد إثبات مالكية المسروق ، وإذا لم يكن غير هذه الشهادات فى جريمة السرقة امتنع الحكم بالقطع، واقتصر القاضى على الحكم بتعزير الجانى وإلزامه بضمان قيمة الشىء المسروق[4]

ويشترط أبو حنيفة عدم التقادم لقبول الشهادة ولقطع السارق بها والأصل عنده أن التقادم يبطل الشهادة على الحدود الخالصة ، ولكن بطلان الشهادة

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٦ (٣) شرح الأزهار ص ٣٦٤
(٤) بدائع الصنائع ص ٨١ – الدردير ج ٨ ص ٦ ١ – المغنى ، ج ١ ص ٢٨٩
أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥١

بالنسبة للحد لايمنع من ثبوت المال المسروق للمجنى عليه بنفس الشهادة ، ولا يمنع من تعزير الجانى بهذه الشهادة وتضمينه قيمة المسروق ، لأن التقادم يمنع من قبول الشهادة على الحدود الخالصة لشبهة الضغينة ، والشبهة تدرأ الحد ، ولكنها لا تمنع وجوب المال

أما الأئمة الثلاثة فلا يعرفون التقادم ولا يسلمون به فتقبل الشهادة عندهم تقادمت أو لم تتقادم ما دام القاضى مقتنعاً بصحتها

وهناك رواية عن أحمد بأنه يقبل التقادم فى الحدود [1]

وإذا تعدد السراق ، وكان بعضهم غائباً وبعضهم حاضراً ثبتت السرقة عليهم جميعاً بشهادة شاهدين ، ويقطع الحاضر من الجناة ، أما الغائب فلا يقطع بهذه الشهادة بل يجب أن تعاد البينة فى مواجهته ، أو تثبت عليه الجريمة فى مواجهة بينة أخرى [2] وهو مايراه الأئمة الثلاثة وعلى القاضى أن يتحقق من عدالة الشهود فى الحدود ولو لم يطعن المتهم فى شهادتهم ، ولكنه غير ملزم بالتحقق من عدالتهم فى غير الحدود ، مالم يطعن فى شهادتهم على الرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة

ويشترط أبو حنيفة لقبول الشهادة على السرقة الموجبة للقطع قيام الخصومة ممن له يد صحيحة على الشىء المسروق فإذا حضر الشهود ، وقبل المجنى عليه أو من له حق الخصومة وشهدوا بالسرقة لم تقبل شهادتهم مالم يحضر من له حق المخاصمة أو المجنى عليه ويخاصم ، لأن من شرط السرقة أن يكون الشىء مملوكا لغير السارق ، فلا تظهر السرقة إلا بالخصومة ، فإذا لم توجد الخصومة ، لم تقبل الشهادة ، إلا أن عدم قبول الشهادة لا يمنع من القبض على المتهم وحبسه بناء على تبليغ الشهود بالسرقة إذ التبليغ اتهام ، والقبض والحبس لايجوز أن يتوجه

(١) المغنى حـ ١٠ ص ١٨٧ – راجع الجزء الأول من التشريع الجنائى الإسلامى – بدائع الصنائع ص ٨١

(٢) شرح فتح القدير ح ٤ ص ٢٥٨

بالاتهام ، فإذا حضر المجنى عليه أو غيره ممن له حق الخصومة ، وادعى ملكية المسروق قبلت الشهادة[1] .

والمقصود من قبول الشهادة ، هو عدم سماع الشهود قضاء والأخذ بهـا كدليل ، فلا يمنع حضور الشهود قبل المخاصمة من سماع أقوالهم وتدوينها كبلاغ وحبس المتهم بموجبها ، وإنما الممنوع هو الحكم بها[2] .

ولكن مالكا لا يرى المخاصمة ضرورية لقبول الشهادة والحكم بها ، فإذا حضر الشهود وبلغوا بالسرقة سمعت شهادتهم وأقيمت الدعوى على المتهم ولو لم يحضر المجنى عليه ، ولو كان المتاع لغائب أو مجهول . ويقطع السارق بشهادة الشاهدين ، لأن الحد متعلق بحق الله تعالى،وقد ارتكب المتهم الجريمة ،فوجبت عليه عقوبتها[3] بل لو كذب المجنى عليه الشهود بالسرقة فلا يمنع هذا من القطع ما دامت السرقة ثابتة[4] .

ويرى الشافعى أنه إذا تقدم الشهود فشهدوا بسرقة مال شخص غائب أو حاضر لم يدع قبلت شهادتهم حسبة طلبا لحق الله تعالى ، ولكن لا يقطع السارق بهذه الشهادة حتى يطالب المالك بالشىء المسروق أو يطالبه عنه وليه أو وصيه ، فإذا ادعى ، اعتبرت الشهادة مرة ثانية بعد ادعائه لإثبات أن المال المسروق له ، لأن شهادة الحسبة لا تقبل فى المال ، أما وجوب القطع عليه ، فقد ثبت بثبوت السرقة التى ثبتت بشهادة الحسبة وإن كان القطع موقفا على المخاصمة، لأن عدم المخاصمة يفيد وجود مسقط للقطع فانتظار المخاصمة هو انتظار ظهور مسقط ، فإذا خاصم تبين أن لا مسقط[5] ورأى الشافعى لا يختلف من الناحية العملية عن رأى أبى حنيفة

وفى مذهب أحمد رأيان أحدهما يتفق مع مذهب أبى حنيفة وهو الراجح

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٨١ (٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٥٢
(٣) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٦ ١ ـ المدونة جـ ١٦ ص ٦٦ ، ٦٧
(٤) المدونة جـ ١٦ ص ٦٨ ـ شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٩٧ .
(٥) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٢

والثانى يتفق مع مذهب مالك ، وهو المرجوح⁽¹⁾ وأصحاب الرأى الأول يختلفون فيرون حبس السارق وأخذ المال المسروق وحفظه حتى يحضر الغائب أو وكيله. ويلاحظ أن المخاصمة مقيدة بالسرقة الموجبة للقطع ، فإن كانت السرقة مما يعزر فيه فلا تشترط الخصومة لظهور السرقة ، وليس من الضرورى سماع أقوال المجنى عليه أو من يمثله إلا فيما يتعلق بتضمين السارق قيمة المسروق ويكفى أن يثبت السرقة بأى طريق آخر غير طريق المجنى عليه. والتشدد فى السرقة الموجبة للقطع راجع إلى الأصل المشهور « ادرأوا الحدود بالشبهات » فمن اشترط حضور المجنى عليه الحد من عدم حضوره شبهة أن يكون المال غير مسروق أو أن للمتهم حقاً فيه ، أو أنه سرق من غير حرز ، أو أن المتهم أذن له فى دخول الحرز وغير ذلك من الشبهات التى تدرأ القطع.

من يملك الخصومة: وإذا كان بعض الفقهاء يرى الخصومة شرطاً لظهور السرقة المستوجبة للقطع فلا بد من بيان من يملك الخصومة ، والأصل عند أبى حنيفة أن كل من له يد صحيحة على الشيء المسروق يملك حق الخصومة ، وتكون اليد صحيحة كلما كانت يد ملك أو أمانة أو ضمان ، فللمالك أن يخاصم السارق ، وللمودع وللمستعير والمضارب والغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن ، لأن يد هؤلاء ، إما يد ضمان أو يد أمانة ، فلهم جميعاً أن يخاصموا السارق ، وتعتبر خصومتهم فى حق ثبوت ولاية الاسترداد والإعادة إلى أيديهم أولا ، وفى حق القطع إذ يقطع السارق بخصومتهم ثانيا. ولكن زفر لا يعتبر الخصومة فى حق القطع إلا من المالك فقط وهو مذهب الشافعى ، حيث يشترط مخاصمة المالك أو وكيله ، ولا يجيز مخاصمة واضع اليد كالمرتهن والمستأجر أما مالك فلا يشترط المخاصمة والمطالبة للقطع ، وفى مذهب أحمد رأيان رأى كمذهب مالك ، والثانى كمذهب الشافعى يشترط مخاصمة المالك دون غيره⁽²⁾

(1) المغنى جـ ١٠ ص ٢٩٩ — كشاف القناع جـ ٤ ص ٨٦
(2) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٨٣ — أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٢ — المغنى جـ ١٠ ص ٢٩٩ — كشاف القناع جـ ٤ ص ٨٧ — شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١٠٦

والسارق عند أبي حنيفة لا يملك الخصومة إذا سرق الشيء منه ؛ لأن يده ليست صحيحة على الشيء المسروق . فلا هي يد ملك ، ولا يد أمانة ، ولا ضمان فصار الأخذ من يده كالأخذ من الطريق ، وليس للمالك ولاية الخصومة في هذه الحالة ، لأن الأخذ لم يخرج المال من حيازته ولكن له حق استرداد الشيء المسروق . وإذا كان السارق لا يملك الخصومة فإنه يترتب على ذلك سقوط القطع في حق السارق الثاني .

أما حق الاسترداد فقد اختلف فيه الفقهاء في المذهب فيرى البعض أن السارق الأول ليس له أن يطالب السارق الثاني برد المسروق ويرى البعض أن له حق المطالبة بالاسترداد [١] ومالك لا يشترط الخصومة ، ويرى قطع السارق من السارق ؛ لأنه سرق مالا للغير من حرز لا شبهة له فيه [٢] ولكنه لا يجعل للسارق الأول حق استرداد المسروق إنما الاسترداد للمالك

وأحمد يشترط الخصومة ولكنه لا يقطع السارق من السارق ، ولا السارق من الغاصب ولا يجعل حق استرداد المسروق إلا للمالك [٣]

وفي مذهب الشافعي رأيان في قطع السارق من السارق أحدهما كرأي مالك والثاني كرأي أحمد [٤] وحق الاسترداد لا يكون في أي حال إلا للمالك

٦١٩ ـ ثانيا الإقرار تثبت السرقة بالإقرار ولو بعد حين من السرقة ، لأن التقادم عند القائلين به لا يؤثر على الإقرار إذ الإنسان غير متهم فيما يقر به على نفسه

والظاهريون يرون أن يكون الإقرار مرة واحدة ولا تتعدد

وقد اختلف في عدد الأقارير فاكتفى مالك وأبو حنيفة والشافعي بإقرار واحد ، ويرى أبو يوسف من فقهاء الحنفية مع أحمد والشيعة الزيدية أن يكون

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٨٤
(٢) شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٩٦ (٣) المغني جـ ١٠ ص ٢٥٧ ، ٢٧٩
(٤) المهذب جـ ٢ ص ٢٩٩ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٨

الإقرار مرتين ، وحجتهم ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه لم يقطع أحد السارقين إلا بعد أن اعترف مرتين أو ثلاثاً ، ويترتب على اشتراط الإقرار مرتين عند القائلين، إنه لو أقر مرة واحدة لم يقطع بها . ولكنه يعزر بها ويحكم عليه بقيمة المسروق [١] .

واختلف فى اشتراط الخصومة مع الإقرار ، فأبو حنيفة والشافعى وأحمد يشترطون المخاصمة مع الإقرار ، فلا يقطع المقر بسرقة مال من مجهول أو من غائب إلا إذا خاصمه من يملك المخاصمة كما هو الحال فى حالة الثبوت بالبينة ولكن أبا يوسف من فقهاء المذهب الحنفى لا يشترط المخاصمة فى حال الإقرار ويرى القطع فى السرقة من مجهول أو غائب إذا ثبتت السرقة، دون حاجة للمخاصمة وحجته فى ذلك أن المقر لا يتهم فى الإقرار على نفسه ، ويحتج أبو حنيفة ومن على رأيه بأن سمرة لما أقر للرسول أنه سرق بعيراً ، أرسل الرسول يسأل الحى عليهم فقالوا فقدنا بعيراً فى ليلة كذا فقطعه

ويحتج لذلك أيضاً ، بأن الظاهر أن من فى يده شىء فهو ملكه فإن أقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه حتى يصدقه المقر له ، والغائب يجوز أن يصدقه ، ويجوز أن يكذبه ، فاحتمال التكذيب شبهة تدرأ الحد عن المتهم

وقد علمنا فيما سبق أن مالكاً لا يشترط المخاصمة للقطع سواء ثبتت السرقة ببينة أو إقرار [٢]

وإذا أقر الجانى ورجع عن إقراره لم يقطع ، لأن العدول شبهة فى صحة الإقرار ولكن يمكن أن يعزر على أساس إقراره ، وأن يحكم عليه بضمان المال المسروق وإذا عدل المتهم عن الإقرار ، وكانت الجريمة ثابتة بشهادة

(١) المغنى جـ ١٠ ص ٢٩١ – ٢٩٤ – شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٦٤ – شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١٠٦ – أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٠ – بدائع الصنائع ص ٨١ ، ٨٢

(٢) المغنى جـ ١٠ ص ٣٠٠ – أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٠ – شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١٠٦ – بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٨٢

الشهود ، قطع الجاني بناء على ثبوت الجريمة بالبينة وهذا ما يراه أحمد ومالك والظاهريون [١] .

وعند الشافعيين يرون أن الأصح سقوط القطع إذا ثبتت الجريمة أولا بالإقرار ثم ثبتت بالبينة إذا رجع عن الإقرار [٢]

ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب أبي حنيفة يرون أن الإقرار يبطل الشهادة، وأن العدول عن الإقرار يبطل الحد [٣]

وليس للعدول عن الإقرار أي أثر عند الظاهريين ، بل يؤخذ الجاني بإقراره ولو عدل عنه ، لأنهم لا يدرأون الحدود بالشبهات ، ويرى بعض الشافعية هذا الرأي على أساس أن السرقة حق متعلق بالأفراد [٤]

٦٢٠ – ثالثا اليمين في مذهب الشافعي رأى أن السرقة تثبت باليمين المردودة ، فإذا ثبتت على هذا الوجه قطع المتهم ، فإذا لم تكن شهود ولا إقرار فنسب المجني عليه السرقة للمتهم ، فنكل السارق عن اليمين فحلفها المدعي قطع السارق ، لأن اليمين المردودة كالإقرار والبينة وسيلة من وسائل الإثبات ، وكل منهما يقطع به فيقطع باليمين المردودة

لكن الرأي الراجح في المذهب، أن القطع لا يكون إلا بالبينة أو الإقرار ، وأنه لا قطع باليمين المردودة ، وإنما يثبت بها المال المسروق فقط [٥] وهذا الرأي يتفق مع مذهب مالك وأبي حنيفة وأحمد فإنهم لا يرون اليمين المردودة دليلا مثبتا إلا للمال دون غيره ، وأن السارق لا قطع بها[٦]

(١) كشاف القناع جـ ٤ ص ٨٦ – المحلى جـ ٨ ص ٢٥
(٢) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥ وراجع مذهب أبي حنيفة في شرح فتح القدير
(٣) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٤٩ (٤) المحلى جـ ٨ ص ٢٥ – المهذب جـ ٢ ص ٣٦٤
(٥) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥
(٦) شرح الزرقاني جـ ٨ ص ١٠٧ – بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٨١ – المغني جـ ص ١٢٨

المبحث الثالث

فيما يترتب على ثبوت السرقة

يترتب على ثبوت السرقة شيئان . أولهما ضمان قيمة المال المسروق ، ثانيهما قطع السارق

٦٢١ - أولاً الضمان : يسلم أبو حنيفة وأصحابه أن الجاني إذا ثبتت عليه السرقة ملزم بضمان قيمة الشيء المسروق ، وأنه يجب عليه القطع إذا تبين أنه سارق ، ولكنهم يرون الضمان والقطع لا يجتمعان معاً ، فإذا قطع السارق فلا ضمان عليه حتى ولو استهلك الشيء المسروق بعد القطع ، وحجتهم أن نص القرآن جاء بالقطع فقط ، وأن عبد الرحمن بن عوف روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا قطع السارق فلا غرم عليه » ولهم حجة أخرى منطقية وهي أن المضمونات تملك عندهم من وقت الأخذ عند أداء الضمان أو اختياره ، فلو ضمن السارق قيمة المسروق فكأنه ملكه من وقت أخذه ، وكأنه أخذ ما يملكه ، فلو قطع مع الضمان لقطع في ملك نفسه والقطع لا يجب إلا بأخذ ملك الغير ، ولكن بعض فقهاء الحنفية يفرقون بين حالة الاستهلاك قبل القطع وحالة الاستهلاك بعده ويرون أن السارق يضمن المال المسروق إذا استهلكه بعد القطع ، أما إذا استهلكه قبله فلا ضمان وحجتهم أن المال المسروق حين بقى في يد السارق بعد القطع بقى تحت يده على سبيل الأمانة ليرده للمجني عليه ، فإذا استهلكه ضمن قيمته.[1]

ويرى الحنفية عموماً أن للمالك استرداد المسروق بعد القطع ما دام المسروق لم يستهلك سواء كان المسروق في يد السارق أو كان السارق قد تصرف فيه للغير ، وللغير أن يرجع بالثمن على السارق ، ولكن ليس له أن

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٤ ، ٨٥ .

يرجع عليه بالقيمة ، لأن الرجوع بالقيمة معناه الضمان ، وقد انتهى الضمان عن السارق بالقطع ، أما الرجوع بالثمن فلا يوجب على السارق ضمانا فى عين المسروق وإن كان قد هلك فى يد المتصرف إليه فلا ضمان عليه ولا على السارق ؛ لأن السارق قطع ، والقطع ينفى الضمان ولأن تضمين المتصرف إليه يعطيه حق الرجوع على السارق بالضمان فتكون النتيجة تضمين السارق ، وقطعه ينفى عنه الضمان ، وإذا كان المتصرف إليه قد استهلك المسروق كان للمجنى عليه أن يرجع بقيمة المسروق على المتصرف إليه ، لأنه قبض ماله بغير إذن واستهلكه وكان للمتصرف إليه أن يرجع على السارق بالثمن،والرجوع بالثمن ليس تضمينا ، وإنما التضمين هو الرجوع بالقيمة ، وإذا غصب المال المسروق شخص من السارق ، كان للمجنى عليه أن يسترد المال من يد الغاصب ، فإذا هلك المال فى يد الغاصب ، كان للمجنى عليه أن يرجع على الغاصب بقيمته على رأى . ولم يكن له على رأى آخر ؛ لأن عصمة المال قد سقطت بالقطع[1] واختلف فقهاء الحنفية فى حالة تعدد السرقات ، وتعدد المجنى عليهم والقاعدة أنه إذا تعددت السرقات قبل الحكم ، تداخلت الحدود وأجزأ أحدها فيقطع السارق مرة واحدة فى كل السرقات ، والخلاف ليس على هذه القاعدة فهى مسلم بها من الجميع وإنما اختلفوا فى الضمان إذا تعددت السرقات ، ففريق يرى أن المجنى عليهم إذا حضروا جميعاً وخاصموا فلا ضمان على السارق ، لأن مخاصمة السارق فى المسروق تقوم مقام الإبراء من الضمان ، أما إذا خاصم أحدهم أو بعضهم ولم يخاصم الباقون فالضمان لمن لم يخاصم ، وهذا هو رأى أبى يوسف ومحمد ، وحجتهما ، أن المجنى عليه مخير بين أن يدعى المال فيستوفى حقه وهو الضمان ، وبين أن يدعى السرقة ، فيستوفى حق الله تعالى فهو القطع ولا ضمان له فسقوط الضمان أساسه عندهما ، الادعاء بالسرقة أما الرأى المضاد فهو رأى أبى حنيفة ، ويرى أن لاضمان لأحد من المجنى عليهم ، لأن القطع

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٥

وقع السرقات كلها فينتفي الضمان لأيهما(١)

ويرى الشافعي وأحمد ، أن القطع والضمان يجتمعان دائماً ، لأن السارق يأتي بما يوجب القطع، ويأتي بما يوجب ضمان قيمة المسروق في كل سرقة ، فكان الواجب عليه هو القطع والضمان . ذلك أن كل سرقة إنما هي اعتداء على حقين أولهما حق الله تعالى الذي حرم السرقة أو حق الجماعة التي تضر بالسرقة. والثاني حق العبد الذي أتلف ماله دون مبرر ، وإذا كانت الجريمة اعتداء على حقين ، فليس ثمة ما يمنع أن تكون الجريمة مضمونة بضمانين أي أن يكون الجاني مسئولا عن هذين الحقين ، كذلك فإن الجاني ضامن لرد العين كلما كانت باقية تحت يده فيجب عليه ضمان قيمتها إذا كانت تالفة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولا يسلم الشافعية والحنفية بحديث عبد الرحمن بن عوف ، لأن أحد رواته مجهول

وعلى هذا يجب على السارق رد العين المسروقة على مالكها إذا كانت باقية فإذا كانت تالفة فعلى السارق رد قيمتها أو مثلها إن كانت مثلية قطع أو لم يقطع ، موسراً كان أو معسراً . وإذا تعدد المجني عليهم في السرقة ، فالسارق ضامن لكل منهم قيمة ماسرق منه أو مثله سواء خاصم أو لم يخاصم(٢)

وإذا تصرف السارق في العين لغيره كان للمالك أن يسترد العين من هذا الغير وللأخير الرجوع على السارق بقيمتها

ويرى مالك أن السارق يضمن قيمة المسروق إذا لم يحكم عليه بالقطع أياً كان السبب في عدم القطع ، كأن كان لعدم تمام النصاب في المال ، أو في الشهادة أو لأنه سرق من غير حرز ، أو لأن يده قطعت في جناية أخرى عمداً أو خطأ أو في حادث عرضي ، وهو يضمن قيمة المال المسروق ولو كان قد تلف ، وسواء كان التلف باختياره أو بالرغم منه، وسواء كان السارق موسراً أو معسراً

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٥ ، ٨٦
(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ ـ المغني ج ١٠ ص ٢٧٩

أما إذا كانت العين باقية فعليه ردها . أما إذا قطع فى السرقة فعليه رد العين إن كانت موجودة . فإن لم تكن موجودة فعليه قيمتها أو مثلها بشرط أن يكون موسراً وقت السرقة ويظل يسره حتى يقطع فإن كان معسراً وقت السرقة ثم أيسر بعد ذلك ولو قبل القطع ، فلا ضمان . وكذلك لو كان موسراً وقت السرقة ثم أعسر بعد السرقة وقبل القطع ولو عاد إلى يساره بعد القطع .

وأساس هذه التفصيلات عند مالك هو ماروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم « إذا أقيم على السارق الحد فلا ضمان عليه » وفسر مالك هذا الحديث بأنه لايجوز أن يجتمع على السارق عقوبتان ، قطع يده ، واتباع ذمته . ولكن مالكا يرى أن اليسار المتصل كالمال القائم فإذا ظل السارق فى يساره من وقت السرقة إلى وقت القطع فلا يعتبر أنه عوقب بتضمينه قيمة المسروق الذى تصرف فيه، فدخل ثمنه فى ماله أو استهلكه انتفع به أم لم ينتفع ورأى مالك استحسان على غير قياس[1] وتطبق هذه القواعد فى حالة تعدد السرقات وتعدد المجنى عليهم وللمالك إذا تصرف السارق فى العين لآخر أن يسترد العين من الآخر

ورأى الشيعة الزيدية يتفق مع مذهب أبى حنيفة فالسارق إذا قطع لم يضمن[2]

٦٢٢ — ثانيا ـ القطع أساس القطع الأصل فى القطع قوله تعالى ﴿ السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾

وعقوبة القطع لا يجوز العفو فيها لا من المجنى عليه ولا من رئيس الدولة ، ولا يجوز أن يستبدل بها عقوبة أخرى أخف منها والأصل فى ذلك ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم «تعافوا العقوبة بينكم،فإذا انتهى بها إلى الإمام فلا عفا الله عنه إن عفا» كذلك لايجوز تأخير تنفيذ العقوبة أو تعطيلها وهذه المبادىء

(١) شرح الزرقانى ح ٨ ص ١٠٧ ، ١٠٨ ـ بداية المجتهد ح ٢ ص ٢٧٨
(٢) شرح الأزهار ح ٤ ص ٣٧٥

متفق عليها ولا يخالف فيها إلا الشيعة الزيدية حيث يرون أن القطع يسقط عن السارق بعفو المجنى عليه فى السرقة ، وإذا تعدد المجنى عليهم وجب لسقوط القطع أن يعفو كل منهم[1]

كذلك يرون أن للإمام مع وجوب إقامة الحد أن يسقط العقوبة عن بعض الناس لمصلحة وله أن يؤخر إقامته إلى وقت آخر لمصلحة على أن بعضهم يرى أن ليس للإمام إسقاط حد القذف ولا حد السرقة[2]

٦٢٣ — محل القطع : اختلف الفقهاء فى محل القطع إلى حد كبير ولهم فى ذلك آراء مختلفة وأساس اختلافهم تأويل قوله تعالى ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ واختلافهم فى صحة ما أثر عن الرسول فرأى عطاء أن السارق إذا سرق قطعت يده فى السرقة الأولى ولا قطع بعد ذلك إن عاد للسرقة وعلى هذا . فإن جزاء السرقة هو قطع اليد اليمنى فى أول سرقة أما السرقات الأخرى فلا قطع فيها ، وإنما يعاقب السارق عقوبة تعزيرية وحجة عطاء ، أن الله جل شأنه قال ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ ولو شاء أمر بقطع الرجل ولو لم يكن الله تعالى نسيا[3]

ويرى الظاهريون أن القطع واجب فى اليدين معاً فإذا سرق قطعت إحدى يديه فإذا عاد للسرقة قطعت يده الثانية فإن سرق الثالثة عزر ومنع الناس ضره حتى يصلح حاله — أى حبس طويلا حتى يصلح حاله — وحجتهم أن القرآن والسنة جاءا بقطع يد السارق لا بقطع رجله ، فلا يجوز أن يقطع من السارق غير يديه[4] ومحل القطع عند أبى حنيفة والشيعة الزيدية وعلى الرأى الأول

(١) شرح الأزهار حـ ٤ ص ٣٧٤

(٢) شرح الأزهار حـ ٤ ص ٣٧٤ — بدائع الصنائع حـ ٧ ص ٥٥ — كشاف القناع حـ ٤ ص ٨٧،٤٧ المهذب حـ ٢ ص ٢٨٧،٣ ، ٢٨٩ ، ٢٩٢ — الأحكام السلطانية ص ٢٦٥ المدونة حـ ١٦ ص ٦٧ — المحلى حـ ١١ ص ١٢٦ وما بعدها

(٣) المحلى حـ ١١ ص ٣٥٤ (٤) المحلى حـ ١١ ص ٣٥٧

ـ وهو الراجح فى مذهب أحمد ـ هو اليد اليمنى والرجل اليسرى ، فتقطع اليد اليمنى فى السرقة الأولى ، فإن عاد للسرقة قطعت الرجل اليسرى ، فإن عاد فلا قطع بعد ذلك وإنما يحبس إلى مدة غير معينة حتى يموت أو تظهر توبته وحجتهم فى ذلك أولا ، ماروى عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى السارق « إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله » ، ولأن نص القرآن فاقطعوا أيديهما قصد منه اليد اليمنى فقط بدليل قراءة عبد الله بن مسعود « فاقطعوا أيمانهما » ولا نظن بمثله أن يقرأ ذلك من تلقاء نفسه بل سماعاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت قراءته مخرج التفسير ، ولأن القطع ـ قطع اليدين ـ تفوت منفعة الجنس ، وكذلك قطع الرجلين معاً ، فلا يستطيع أن يأكل أو يمشى أو يتطهر أو يدفع عن نفسه ، ولأن عمر وعلياً لم يريا أن يقطعا أكثر من يد ورجل السارق ، فقد أتى على بسارق قطعت يده ورجله فلم يقطعه وقال : إنى لأستحى من الله ألا أدع له يداً يبطش بها ، ولا رجلا يمشى عليها ولما أشار عليه أصحابه بقطعه قال إذا قتلته وما عليه القتل ، بأى شىء يأكل الطعام ؟ بأى شىء يتوضأ للصلاة ؟ بأى شىء يغتسل من جنابته ؟ بأى شىء يقوم على حاجته ؟

وروى عن عمر أنه أتى برجل أقطع اليد والرجل قد سرق فاستودعه السجن بعد أن أشار عليه على بذلك[1]

ومحل القطع عند مالك والشافعى وعلى الرأى الثانى فى مذهب أحمد هو اليدان والرجلان معاً فتقطع اليد اليمنى أولا فإن عاد السارق قطعت رجله اليسرى ، فإن عاد الثالثة قطعت اليد اليسرى فإن عاد الرابعة قطعت رجله اليمنى فإن عاد بعد ذلك حبس حتى يموت أو تظهر توبته وحجتهم أن الله تعالى قال ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ والأيدى اسم جمع والاثنان فما فوقهما جمع وإن أبا هريرة روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فى السارق « السارق إن سرق

(١) المغنى جـ ١٠ ص ٢٦٤ ، ٢٧٢ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٨٦ ـ شرح الأزهار ٤ ص ٢٧٢ .

فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله » ولأن أبا بكر وعمر قطعا فى خلافتهما اليدين والرجلين ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « اقتدوا بالذين من بعدى أبى بكر وعمر »[1] .

ويشترط أبو حنيفة لقطع اليد اليمنى أن تكون اليد اليسرى صحيحة فإن كانت مقطوعة أو شلاء مقطوعة الإبهام أو أصبعين سوى الإبهام فلا تقطع اليمنى لأن القطع للسرقة شرع للزجر لا للإهلاك فإذا لم تكن اليسرى يمكن الانتفاع بها فإن قطع اليمنى يؤدى إلى تفويت منفعة اليدين وهو إهلاك للنفس من وجه ، وإذا كانت اليسرى كذلك فلا تقطع الرجل اليسرى أيضاً لأن قطعها يؤدى إلى ذهاب أحد الشيئين على الكمال ففيه إهلاك النفس .

ويرى أبو حنيفة أيضاً ، أنه إذا كانت الرجل اليمنى مقطوعة أو شلاء أو بها عرج يمنع المشى عليها فلا تقطع اليد اليمنى ، لأن فى ذلك فوات منفعة الشق وكذلك لا تقطع رجله اليسرى وإن كانت صحيحة ، لأنه يبقى بلا رجلين فتفوت منفعة الجنس ــ أى منفعة المشى ــ وإن كانت رجله اليمنى مقطوعة الأصابع كلها فإن كان يستطيع القيام والمشى عليها كلها تقطع يده اليمنى ، لأن الجنس لا تفوت منفعته ، وإن كانت يداه صحيحتين ولكن رجله اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الأصابع تقطع يده اليمنى ، لأن جنس المنفعة لا تفوت وليس فيه فوات الشق ، وإن كانت اليد اليمنى شلاء أو مقطوعة الإبهام أو الأصابع فإنها تقطع ، لأن اليد السليمة تقطع فالمعيبة إذن أولى بالقطع

ورأى أبى حنيفة فيما سبق يتفق مع رأى أحمد ، ولكن الأخير يخالف فى أنه يعتبر اليد التى ذهب معظم نفعها فى حكم المعدومة فلا يعتبر معدومة ما ذهب منها خنصر أو بنصر أو إبهام . أما أبو حنيفة فيعتبر فى حكم المعدوم

(١) شرح الزرقانى جـ ٢ ص ٩٢ ، ٩٣ ــ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٢ وما بعدها

ما قطع منه أصبعان غير الإبهام ، أو قطع منه الإبهام فقط ؛ لأن ذلك فى رأيه يفوت منفعة البطش .

وفى مذهب أحمد رأى لا يرى قطع الشلاء أصلا والانتقال إلى غيرها . . فإن كانت اليد اليمنى شلاء ، قطعت الرجل اليسرى . ولكن الرأى الأخير يرى قطع الشلاء إذا رأى أى أهل الخبرة أنها لو قطعت رقأ دمها وانحسمت عروقها. وفى للمذهب رأى يرى ألا تقطع اليد إذا كانت كل أصابعها ذاهبة ، ورأى يرى قطعها[1] .

ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب أبى حنيفة كما ورد ذلك فى شرح الأزهار .

ويتفق مالك والشافعى كما ذكرنا من قبل فى قطع اليدين والرجلين ولكن مالكا يرى ألا قطع فى يد ولا قدم مشلولة شللا ظاهراً وإذا قطع من اليد معظم أصابعها ، كثلاثة أو أربعة أصابع ، اعتبرت عند مالك فى حكم المشلولة وكذلك الرجل

أما الشافعى فإنه يرى قطع اليد أو الرجل ولو كانت شلاء ، إلا إذا خيف من قطعها ألا يكف الدم ، ويكتفى بقطع اليد ما دام فيها أصبع واحد . بل يرى بعض فقهاء المذهب الاكتفاء بالكف دون الأصابع[2] .

ومن المتفق عليه بين جميع الفقهاء . أن القطع يسقط إذا ذهب العضو المستحق القطع بسبب وقع بعد السرقة لا قبلها ، سواء كان الذهاب بآفة ، أو قصاص ، أو جناية فمن حصل له حادث بعد السرقة فذهبت فيه يده اليمنى سقط عنه القطع ولم ينتقل للرجل اليسرى ومن قطع يمنى شخص بعد السرقة فحكم له بالقصاص ، فقطعت يده اليمنى ، سقط عنه القطع للسرقة ولم ينتقل إلى الرجل اليسرى أما إذا كانت الجناية التى حكم فيها بالقصاص وقعت قبل

(١) المغنى جـ ١٠ ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ – كشاف القناع – بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٨٧

(٢) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٢ ، ١٥٣ – شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٢ ، ٩٣

السرقة بالقطع ينتقل للرجل اليسرى(١)

وإذا قطع شخص عمداً العضو المستحق القطع سقط القطع ، وليس على العادى إلا التعزير ويسقط القطع ؛ لأن العضو المستحق ذهب بسبب نشأ بعد السرقة ولا قصاص على العادى ؛ لأنه قطع عضواً غير معصوم ، وإنما يعزر لافتياته على الإمام ولو كان القطع قبل ثبوت السرقة والحكم بالقطع ما دام الاعتداء حدث بعد السرقة ، وما دامت السرقة قد ثبتت وكانت مما يجب فيه القطع ، وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد إلا أن بعض المالكية يشترط أن يكون الاعتداء بعد ثبوت السرقة لا بعد وقوعها(٢)

ويفرق الحنفية بين حالتين ، حالة ما إذا كان الاعتداء قبل المخاصمة أو بعدها فإن كان قبل المخاصمة فعلى المعتدى القصاص ؛ لأن القطع لا يجب فى السرقة إلا بالمخاصمة فكان العضو حين قطع غير مستحق القطع فقطع وهو معصوم . وينتقل القطع فى السرقة إلى الرجل اليسرى إذا كان المقطوع هو اليد اليمنى . كأن سرق ولا يمين له . أما إذا كان الاعتداء بعد الخصومة فإن كان قبل القضاء فكذلك الجواب إلا أنا هنا لا نقطع رجله اليسرى ، لأنه لما خوصم كان الواجب فى اليمين وقد فاتت فسقط الواجب كما لو ذهب بآفة سماوية ، وإن كان بعد القضاء فلا قصاص على القاطع ، لأنه احتسب لإقامة حد الله تعالى فكان قطعه عن السرقة(٣)

وإذا شهد بالسرقة فحبسه الحاكم لعدل الشهود . فقطعه قاطع ثم عدلوا فلا قصاص على القاطع عند الأئمة الثلاثة وإن لم يعدلوا وجب القصاص . ولكن

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٣ ــ المغنى ج ١ ص ٢٦٩ ــ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨ ــ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٨
(٢) المراجع السابقة
(٣) بدائع الصنائع ج٧ ص ٨٨

الحنفيين لا يرون القصاص ، لأن صدق الشهود محتمل فيكون ذلك شبهة(١)

وإذا عدا شخص على السارق فقطع يسراه بعد السرقة عمداً أو خطأ فعليه القصاص فى العمد والدية فى الخطأ ، ولكن قطع اليمين يسقط عن السارق عند أبى حنيفة وأحمد والشيعة الزيدية ، لأنه لو قطع لأدى قطعه إلى تفويت منفعة الجنس ، ولكن مالكا والشافعى لا يسقطان قطع اليمين عن السارق ، لأنهما يجيزان قطع اليدين والرجلين بينما لا يجيز أبو حنيفة وأحمد إلا قطع يد ورجل فقط(٢)

وإذا قطع الإمام أو الجلاد اليسرى بدلا من اليمنى خطأ أجزأت ، وليس على القاطع ضمان فى رأى البعض ، وعليه الضمان فى رأى البعض الآخر ، أما إذا قطعها عمداً وهو عالم أن السنة قطع اليمين فعلى القاطع القصاص ، ولا يسقط القطع عن السارق فتقطع يده اليمنى عند مالك والشافعى ، وعليه التعزير عند أبى حنيفة والضمان وكذلك يرى بعض الحنابلة ولكن البعض الآخر يرى القصاص ولكن الحنفيين عموماً والحنابلة يرون أن قطع اليسار يمنع من قطع اليمين ويجزى عنه ، لأن قطع اليمين يفضى إلى تفويت منفعة الجنس . كما يؤدى إلى قطع اليدين فى سرقة واحدة

ويرى أبو حنيفة ألا ضمان على القاطع فى هذه الحالة ، لأن القاطع أتلف وأخلف خيراً مما أتلف أى أنه إذا كان فعل القاطع أدى إلى إتلاف اليسرى . فقد أدى إلى إبقاء اليمنى وهى خير من اليسرى(٣)

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ ـ حاشية ابن عابدين ص ٢٨٧ ـ الزيلعى ج ٣ ص ٢٢٦ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥١

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٧ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٣ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٣ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٧٠ ـ شرح الأزهار ص ٣٧٣

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٧ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٣ ، ٩٤ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٣ كشاف القناع ج ٤ ص ٨٨ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٧٠

٦٢٤ - موضع القطع : موضع القطع من اليد هو مفصل الزند عند الأئمة الأربعة والظاهريين والشيعة الزيدية ، وعند الشيعة الإمامية القطع من أصول الأصابع ، فلا تقطع الكف ، ويرى الخوارج القطع من المنكب .

وموضع قطع الرجل من مفصل الكعب ، ولكن الشيعة الإمامية يرون القطع من مقعد الشراك ليبقى للسارق عقب يمشي عليه . وحجة الخوارج أن اليد تطلق على الذراع كله وحجة الشيعة الإمامية أن علياً قطع أصابع اليد دون الكف ، وقطع القدم دون الكعب وحجة القائلين القطع من مفصل الزند ومفصل الكعب ، أن أقل مايطلق على اليد هو الكف والأصابع وأن العمل جرى من عهد الرسول على القطع من هذين المفصلين[1] .

٦٢٥ — التداخل إذا سرق السارق مرات قبل القطع أجزأ قطع واحد عن جميع السرقات وتداخلت الحدود جميعاً ، لأن السرقة حد من حدود الله تعالى فإذا اجتمعت أسبابه تداخل كحد الزنا والقاعدة ، أن ما تعلق بحق الله تداخل ، وماتعلق به حق لآدمي لم يتداخل[2] ويرى مالك أن التداخل يكون في حالتين الأولى - إذا اتحد الموجب. أي اتفق قدر ماتوجبه كل جريمة كالقذف والشرب ، فعقوبة كل منهما ثمانون جلدة ، وكالسرقة وقطع اليد اليمنى فالأولى عقوبتها القطع والثانية القصاص فإذا أقيمت إحدى العقوبتين أو العقوبات التي تتحد في الموجب سقطت العقوبات الأخرى ولو لم يقصد عند إقامة العقوبة التي أقيمت أن تجزىء عن غيرها ، أو لم يكن يعلم أن هناك حدوداً أخرى واجبة على المحدود

(١) المحلى جـ ١١ ص ٣٥٧ - المغني جـ ١٠ ص ٢٦٤ - شرح الازهار جـ ٤ص ٢٧٢ شرح الزرقاني جـ ٨ ص٩٢، ٩٣ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٨ - أسنى المطالب جـ٤ص ١٥٢، ١٥٣ - بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٧٨

(٢) المغني جـ ١ ص ٢٦٨ - أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٢ ، ١٥٧ - بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٨٥ شرح الزرقاني جـ ٨ ص ١٠٨

الثانية - إذا تكررت موجبات الجريمة الواحدة كالسرقة مراراً قبل الحد أو الشراب مراراً قبل الحد. ويرى بعض الحنابلة أنه لو سرق جماعة وحاؤوا متفرقين فإن الحدود لا تتداخل ولعله يقيس ذلك على حد القذف، ولكن الصحيح أنها تتداخل لأن القطع خالص حق الله تعالى وإن توقف على مخاصمة المالك أما حد القذف فحق لآدمي ويتوقف على المطالبة باستيفائه ويسقطه العفو عنه[1]

٦٢٦ - من الذي يقيم الحد؟ يقيمه الإمام أو من ولاه من الحكام.

٦٢٧ - تعليق اليد بعد قطعها: ويرى الشافعي وأحمد أن تعلق اليد المقطوعة وقتاً ما في عنق السارق للزجر والتنكيل، أخذاً مما رواه الترمذي من أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقطعت يده ثم أمر بها فعلقت في عنقه[2]

ولم يحدد الحنابلة الوقت وحدده الشافعية بساعة، ويرى الشيعة الزيدية التعليق على أن يكون ثلاثة أيام[3]، ولا يذكر المالكية والحنفية شيئاً عن تعليق اليد

٦٢٨ - مسقطات القطع: إذا وجب القطع على السارق فلا مفر من تنفيذ العقوبة، إلا إذا سقطت بسبب ما، والأسباب المسقطة للقطع مختلف عليها بين الفقهاء، فما يراه البعض مسقطاً للعقوبة لا يراه البعض كذلك وسنبين فيما يلي أسباب السقوط المختلف عليها والمتفق عليها

١ - تكذيب المسروق منه السارق في إقراره بالسرقة أو تكذيبه الشهود فيما شهدوا به من السرقة، فهذا التكذيب يبطل الإقرار والشهادة، ويترتب على بطلانهما سقوط القطع وهذا هو مذهب أبي حنيفة ويستوي أن يكون التكذيب مبتدأ أو بعد المخاصمة والادعاء بالسرقة، ولكن مالكا - وهو لا يعتبر المخاصمة - لا يرى في تكذيب المجني عليه لإقرار الجاني أو للشهود ما يسقط

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٦٨
(٢) أسنى المطالب ١٥٣ - المغني ج ١٠ ص ٢٦٦
(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٢

القطع مادام الثابت أن التكذيب قصد به مساعدة الجانى. ولا يتفق مع الحقيقة، والأمر كذلك عند الشافعى وأحمد إذا كان التكذيب بعد المخاصمة والادعاء بالسرقة. أما إذا كان التكذيب مبتدأ فلا يجب القطع، لأنه لا يجب إلا بالمخاصمة، والتكذيب المبتدأ يمنع من المخاصمة.

ومذهب الظاهريين يتفق مع مذهب مالك فى هذه النقطة. أما مذهب الشيعة الزيدية فهو كمذهب أبى حنيفة، لأنهم لا يسقطون القطع بعفو المجنى عليه سواء كان التكذيب صحيحاً أو مقصوداً به مساعدة الجانى، فهو مسقط للحد عندهم[1].

٢ ـ العفو عن السارق على أن يكون من جميع المجنى عليهم، فإن كان من بعضهم دون البعض فلا يسقط القطع. وهذا رأى الشيعة الزيدية ولا تأخذ به المذاهب الأخرى المقارنة[2].

٣ ـ رجوع السارق عن إقراره صراحة أو ضمنا إذا لم يكن دليل إلا الإقرار فإذا كان دليل آخر فهو على ما بينا عند الكلام على الإقرار. وهذا متفق عليه إلا من الظاهريين وبعض الشافعية، فإنهم لا يرون الرجوع عن الإقرار مسقطاً للقطع.

وإذا اشترك فى السرقة شخصان فأقرا بالسرقة وعدل أحدهما عن إقراره دون الآخر سقط القطع عمن عدل دون غيره عند مالك والشافعى وأحمد، وعند أبى حنيفة يدرأ القطع عن الآخر، لأن السرقة واحدة وشركتهما ثابتة ورجوع أحدهما يورث شبهة فى حق الشريك الآخر، وإذا اعترف أحدهما بالسرقة وأنكر الآخر ولم يكن عليه دليل فالقطع على المقر وحده عند الجميع إلا أن أبا يوسف من فقهاء المذهب الحنفى يرى ألا يقطع المقر، لأنه أقر بسرقة واحدة بينهما على الشركة، وإذا لم تثبت فى حق شريكه بإنكاره

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٨ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٤ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ ـ المدونة ج ١٦ ص ٩٥
(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٤

يؤثر ذلك فى حق صاحبه ضرورة اتحاد السرقة . وأصحاب الرأى المضاد يرون أن إقراره بالشركة فى السرقة إقرار بوجود السرقة من كل واحد منهما . إلا أنه لما أنكر صاحبه السرقة لم يثبت فعل السرقة بالنسبة له ، وعدم الفعل منه لا يؤثر فى وجود الفعل من صاحبه . فيبقى إقراره على نفسه بالسرقة قائماً فيؤخذ به[1] .

٤ — رد المسروق قبل المرافعة . يرى فى مذهب أبى حنيفة أن رد السارق للمسروق قبل المرافعة يسقط القطع أما بعد المرافعة فلا يسقطها ، لأن الخصومة شرط لظهور السرقة الموجبة للقطع فإذا رد السارق المسروق قبل المرافعة بطلت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة ، لأن الشرط وجود الخصومة لا بقاؤها .

وهناك رواية عن أبى يوسف بأن الرد قبل المرافعة لا يسقط القطع ؛ لأن السرقة حين وجودها انعقدت موجبة للقطع . فرد المسروق بعد ذلك لا يخل بالسرقة الموجودة ولا يسقط القطع الواجب لها كما لو رده بعد المرافعة ، وعند الشيعة الزيدية أن رد المسروق إلى الحرز بعد إخراجه يجب فيه القطع . وعند مالك والشافعى وأحمد أن الرد لا يمنع من القطع ، لأن مالكا لا يعتبر المخاصمة ولأن المخاصمة كما يراها الشافعى وأحمد شرط للحكم لا شرط للقطع . فإذا خاصم المجنى عليه وجب القطع ولو رد الجانى المسروق ولو كان الرد قبل المرافعة[2]

٥ — تملك السارق المسروق قبل القضاء . يرى الحنفيون أن السارق إذا تملك المسروق قبل القضاء سقط القطع فإذا تملكه بعد الحكم وقبل التنفيذ سقط القطع أيضا عند أبى حنيفة ومحمد ، ولا يسقط عند أبى يوسف ، ويرى الشيعة الزيدية أن المسقط للقطع هو التملك قبل الشكوى ، وعند الشافعى وأحمد الحكم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٨ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٩ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٧ — كشاف القناع ج ٤ ص ٨٦ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ ، ١٥١ — المهذب ج ٢ ص ٣٦٤ — المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ وما بعدها

(٢) المراجع السابقة

كذلك ، لأن من شرط الحكم بالقطع للطالبة بالمسروق ، فإذا تملكه السارق قبل الشكوى امتنعت المطالبة ، أما إذا كان التملك بعد الشكوى فلا يسقط القطع ؛ لأن المطالبة وجدت فعلا ، أما عند مالك فالعبرة بملك المسروق وقت السرقة . فإذا كان لايملكه وقت السرقة قطع به ، لأن مالكا لا يشترط المطالبة ويرى القطع ولو رد الشيء المسروق قبل الشكوى ، ولو كانت الشكوى من أجنبي[1]

٦ — ادعاء ملكية المسروق : إذا ادعى الجاني ملكية الشيء المسروق ، فيرى البعض أن الادعاء يسقط القطع ، وقد تكلمنا عن ذلك فيما سبق فيراجع .

الشفاعة في السرقة :

لا يرى الفقهاء بأساً بالشفاعة في السارق مالم يبلغ الحادث الإمام ، فإنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « تعافوا الحدود فيما بينكم ، فما بلغنى من حد فقد وجب »

ومما يروى عن الزبير بن العوام أنه قال في الشفاعة في الحد . « يفعل ذلك دون السلطان فإذا بلغ الإمام فلا أعفاه الله إن أعفاه » وقال مالك : إن السارق إذا لم يكن يعرف بشر فلا بأس أن يشفع له ما لم يبلغ الإمام

وأما من عرف بشر وفساد فلا يعنى أن يشفع له أحد ، ولكن يترك حتى يقام الحد عليه

وأجمعوا على أنه إذا بلغ الإمام لم تجز الشفاعة فيه ؛ لأن ذلك إسقاط لحق وجب لله تعالى . وقد غضب النبي صلى الله عليه وسلم حين شفع أسامة بن زيد في المخزومية التي سرقت وقال « تشفع في حد من حدود الله ؟ » وقال ابن عمر : من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله في حكمه[2]

ما يترتب على سقوط الحد : إذا سقط الحد بعد ثبوت السرقة ترتب على

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٧٧ — المدونة ج ١٦ ص ٨٩ — شرح الزرقانى ص ٨٩

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٥ — شرح الزرقانى ص ٨ ١ — المهذب ج ٢ ص ٣٠٠ — المحلى ج ١١ ص ١٥١

فلذلك نتيجتان . أولاهما : دخول المسروق فى ضمان السارق عند من لا يجمعون بين القطع والضمان حتى ولو كان قد هلك فى يده أو استهلكه بنفسه ، وسواء كان موسراً أو معسراً ، لأن المانع من الضمان عندهم هو القطع وقد سقط ، وإذا حلت عقوبة التعزير محل القطع فإنها لا تمنع من الضمان. ثانيهما: وجوب رد عين المسروق إن كان قائماً. فإن لم يكن قائماً كإهلاك أو استهلاك فعلى السارق قيمته.

وهاتان النتيجتان تترتب على كلتاهما فى الحالات التى يجب فيها الضمان والرد. أما إذا لم يكن الضمان والرد واجباً فلا وجود لهاتين النتيجتين. فمثلا إذا كان السارق قد رد المسروق قبل التبليغ فلا ضمان ولا رد مالم يكن رده ناقصاً . وإذا كان قد تملكه بعد السرقة فلا ضمان ولا رد[1]

الشروع فى السرقة

٦٢٩ — للتفريق بين السرقة التامة والشروع فيها أهمية كبرى فى الشريعة الإسلامية ، لأن القطع لا يكون إلا فى السرقة التامة. أما الشروع فلا قطع فيه بأى حال ، وعقوبته دائماً التعزير.

وتتم السرقة عند الظاهريين بمجرد استيلاء الجانى على الشىء استيلاء ماديا أى بمجرد وضع يده عليه وضعاً ماديا ولو لم يخرجه من الحرز أو ينقله من مكانه. أما عند عامة الفقهاء فتتم السرقة بإخراج الشىء المسروق من حرزه بحيث يدخل فى حيازة الجانى ويخرج من حيازة المجنى عليه.

والحرز كما عرفنا نوعان: حرز بطبيعته وحرز بالحافظ. فيجب لتمام السرقة من حرز بطبيعته أن يخرج السارق بالمسروق من الحرز. فإن سرق من مسكن فلا تتم السرقة إلا بإخراج المسروق من المسكن. أما إخراج المسروق إلى ساحة الدار فلا يعتبر سرقة تامة إلا إذا كانت الغرفة المسروقة

(١) راجع فى هذا الموضوع بدائع الصنائع ص ٨٩ — المغنى ج ١ ص ٢٨

تكون وحدها حرزاً مستقلا ، وكانت الساحة مشتركة لها وللغرف الأخرى .

أما السرقة من حرز بالحافظ فتعتبر تامة بمجرد انفصال السارق عن البقعة التي فيها الشيء المسروق ، لأنه بذلك ينفصل عن الحرز . فمن سرق من نائم في المسجد ثوباً يتوسده يعتبر فعله سرقة تامة بمجرد إخراج الثوب من تحت النائم ، ومن أخذ ثوباً لجالس في المسجد من جواره يعتبر فعله سرقة تامة بمجرد انفصاله عن مكان الثوب ولو لم يخرج من المسجد ، ومن نشل من إنسان نقوداً يعتبر مرتكباً لسرقة تامة بمجرد انفصال النقود عن ملابس المجني عليه ولو ظل واقفاً بجوار المجني عليه .

ورأى جمهرة فقهاء الشريعة في السرقة التامة يتفق إلى حد كبير مع الرأي الذي عليه جمهرة شراح القوانين الوضعية ، والذي تأخذ به أكثر هذه القوانين وهو أن السرقة لا تتم إلا بالاستيلاء على الشيء المسروق استيلاء تاماً يخرجه من حيازة صاحبه ويجعله في قبضة السارق ، فإن وقعت السرقة في منزل مثلا يعتبر سرقة تامة بمجرد رفع الشيء من مكانه أو الخروج به من الغرفة التي أودع فيها بل يجب أن يخرجه السارق من المنزل جميعه ، على أنه قد تتم السرقة في بعض الحالات بغير أن يخرج السارق بالشيء المسروق من المنزل ، كما لو سرق خادم أو ضيف مثلا متاعاً لصاحب المنزل ووضعه في غرفته أو حقيبته ، فإنه يعد مرتكباً للسرقة التامة رغم استمرار بقائه في المنزل . وأساس الخلاف بين الشريعة والقوانين في هذه الحالة ، هو أن الشريعة تشترط إخراج المسروق من الحرز فوق إخراجه من حيازة المجني عليه ، والقوانين لا تشترط هذا الشرط على أن هذا الخلاف قاصر على السرقات التي يجب فيها القطع . أما السرقات التي يعاقب عليها بالتعزير فلا يشترط فيها الإخراج من الحرز ، وإنما يشترط فيها أن يكون الأخذ يخرج الشيء من حيازة المجني عليه ويدخله في حيازة الجاني . وفي هذه السرقات تتفق الشريعة مع القوانين في تحديد السرقة التامة .

ورأى الظاهريين يتفق مع رأي بعض شراح القوانين الوضعية وهم الذين

يرون أن السرقة تتم برفع الشيء من مكانه وبهذا الرأي يأخذ القانون الإيطالي ولقد أخذت المحاكم الفرنسية بما يراه أبو عبيدة الزهري . فحكمت باعتبار المتهم شارعا في السرقة بمجرد دق جرس الشقة ليتأكد من خلوها من ساكنيها قبل أن يستعمل الآلات التي حملها معه . وحكمت بأن مجرد الترصد أمام المنزل يعتبر شروعا في السرقة (١)

واتجاه الشريعة في العقاب على الجرائم المشروع فيها يتفق مع ما يذهب إليه أصحاب المذهب الشخصي من شراح القوانين الوضعية . ولكن نظرية الشريعة تتسع لأكثر مما يتسع له المذهب الشخصي ، لأن الشريعة تعاقب على كل ما يأتي الجاني إذا تكون مما أتاه معصية سواء كان ما فعله الجاني مؤديا حتما إلى الركن المادي للجريمة المقصودة أو غير مؤد إليه ، كما بسطنا ذلك في الجزء الأول من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي

٦٣٠ — الشروع في السرقة

لم يهتم فقهاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع في الجرائم عامة وفي السرقة بوجه خاص ولم يعرفوا لفظ الشروع بمعناه الفني كما نعرفه اليوم . ولكنهم اهتموا فقط بالتفرقة بين الجرائم التامة والجرائم غير التامة ، وعلة ذلك أن قواعد العقاب على التعازير تمنع من وضع قواعد خاصة للعقاب على الشروع في الجرائم لأن قواعد التعازير كافية لحكم جرائم الشروع فالقاعدة في الشريعة أن التعزير يكون في كل معصية ليس فيها حد مقدر ولا كفارة . أي أن كل فعل تعتبره الشريعة معصية هو جريمة يعاقب عليها بالتعزير ما لم يكن معاقبا عليها بحد ولا كفارة ولما كان الحد والكفارة لا يعاقب بهما إلا على جرائم معينة أتمها الجاني فعلا ، فإن كل شروع في فعل محرم لا يعاقب عليه إلا بالتعزير ويعتبر كل شروع معاقب عليه معصية في حد ذاته أي جريمة تامة ، ولو أنه جزء من الأعمال المكونة لجريمة لم تتم مادام الجزء الذي تم محرما لذاته ولا

---

(١) الاموال — القللي ص ٦٤

استحالة فى أن يكون فعل ما جريمة معينة إذا كان وحده ، وأن يكون مع غيره جريمة من نوع آخر . فالسارق إذا ما نقب البيت ثم ضبط قبل أن يدخله يكون مرتكباً لمعصية تستوجب العقاب ، وهذه المعصية تعتبر فى ذاتها جريمة تامة ولو أنها بدء فى تنفيذ جريمة السرقة ، وعندما يتسلق السارق المنزل الذى يريد أن يسرق منه يرتكب معصية ، وإذا أذن له بدخول البيت فجمع متاعه ليسرقه فضبط قبل الخروج به فهو مرتكب لمعصية ، وهكذا كلما أتى السارق فعلا محرماً عليه الشريعة فهو مرتكب لمعصية أى جريمة تامة تستوجب العقاب إذا نظرنا إليها على حدة ، ولو أن هذه المعصية تعتبر جزءاً من جريمة أخرى إذا نظرنا إلى جريمة السرقة التى لم تتم ، فإذا أتم الجانى سلسلة الأفعال المكونة لجريمة السرقة وخرج بالمسروقات من الحرز فإن كل الأفعال التى أتاها تكون مجتمعة جريمة معينة هى السرقة ، وبتمام جريمة السرقة تجب عقوبة الحد وهى العقوبة المقررة للسرقة التامة ، ويمتنع التعزير على مادون التمام لأن كل الأفعال اندمجت وتكونت منها جريمة السرقة [1] .

٦٣١ — متى يعتبر الفعل شروعاً فى الجريمة : ويعتبر الفعل جريمة كلما كان معصية أى اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ، وليس من الضرورى أن يكون الفعل بدءاً فى تنفيذ ركن الجريمة المادى، بل يكفى أن يكون الفعل معصية. وأن يكون مقصوداً به تنفيذ الركن المادى ولو كان لايزال بين الفعل و بين الركن المادى أكثر من خطوة، فمثلا فى السرقة يعتبر النقب والتسلق وكسر الباب وفتحه بمفتاح مصطنع كل ذلك يعتبر معصية تستحق التعزير، وبالتالى شروعاً فى سرقة، ولو أن بين كل منها وبين الفعل المادى المكون لجريمة السرقة خطوات هى دخول محل السرقة والاستيلاء على المسروقات وإخراجها من الحرز

وكذلك يعزر الجانى باعتباره مرتكباً لمعصية أو شارعاً فى السرقة إذا تعرض للنقب أو فتح الباب أو حاول التسلق ولو لم يتم ماتعرض له أو حاول فعله.

(١) التشريع الجنائى الإسلامى حـ ١ ص ٣٤٤

ويرى أبو عبد الله الزبيرى تعزير الجانى باعتباره مرتكباً للمعصية أو شارعاً فى السرقة إذا وجد بجوار المنزل المراد سرقته ومعه مبرد ليستعمله فى فتح الباب أو مثقب لينقب به الحائط، ولو أنه لم يبدأ فى فتح الباب أو نقب الحائط إذا ثبت أنه جاء بقصد السرقة، ويرى تعزير الجانى إذا وجد مترصداً بجوار محل السرقة يترصد غفوة الحارس ليسرق المتاع الذى يحرسه

فقياس العمل المعاقب عليه فى الشروع هو أن يكون ما أتاه المتهم مكوناً لمعصية كالنقب، ويستعان على معرفة ما إذا كان العمل معصية أو غير معصية بنية الجانى وقصده من العمل لأن ثبوت هذه النية يزيل كل شك ويساعد على تحديد نوع المعصية

وقد جعل أبو عبد الله الزبيرى فى الأمثلة التى ذكرناها سابقاً شأناً كبيراً للنية، فالترصد بجوار محل السرقة قد يكون للسرقة أو لعمل آخر مباح، ولكن نية الجانى وحدها هى التى أزالت الشك عن العمل وعينت المعصية، ووجود الجانى بجوار محل السرقة ومعه مبرد أو مثقب يحتمل أن يكون الجانى قاصداً سرقة هذا المحل أو غيره، ويحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد عملاً آخر غير محرم، ولكن نية الجانى هى التى أخرجت العمل من حيز الاحتمال إلى حيز اليقين وعينت المعصية [1]

(١) التشريع الجنائى الإسلامى الجزء الأول ص ٣٤٨، ٣٤٩

الكتاب الخامس

الحـــرابة

٦٣٢ — الحرابة هي قطع الطريق أو هي السرقة الكبرى، وإطلاق السرقة على قطع الطريق مجاز لا حقيقة لأن السرقة هي أخذ المال خفية وفي قطع الطريق يأخذ المال مجاهرة، ولكن في قطع الطريق ضرب من الخفية هو اختفاء القاطع عن الإمام ومن أقامة لحفظ الأمن ولهذا لا يطلق السرقة على قطع الطريق إلا بقيود فيقال السرقة الكبرى، ولو قيل السرقة فقط لم يفهم منها قطع الطريق ولزوم التقييد من علامات المجاز[1]

٦٣٣ — مقارنة بين السرقة والحرابة . وجريمة الحرابة وإن سميت بالسرقة الكبرى إلا أنها لا تتفق تمام الاتفاق مع السرقة فالسرقة أخذ المال خفية والحرابة هي الخروج لأخذ المال على سبيل المغالبة فركن السرقة الأساسي هو أخذ المال فعلا وركن الحرابة هو الخروج لأخذ المال سواء أخذ المال أم لم يؤخذ، والسارق يعتبر سارقاً إذا أخذ المال خفية أما المحارب فيعتبر محارباً في حالات

الأولى إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخاف السبيل ولم يأخذ مالا ولم يقتل أحداً .

الثانية . إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخذ المال ولم يقتل أحداً .

الثالثة : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فقتل ولم يأخذ مالا

الرابعة . إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخذ المال وقتل ففي هذه الحالات الأربع يعتبر الشخص محارباً مادام قد خرج

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٨

قصد أخذ المال على سبيل المغالبة ، أما إذا خرج فقصد أخذ المال على سبيل المغالبة فلا يخف سبيلاً ولم يأخذ مالاً ولم يقتل أحداً فهو ليس محارباً ، فالخروج بقصد أخذ المال إذا لم يؤد لحالة من الحالات ليس حرابة ولكنه ليس مباحاً بل هو معصية يعاقب عليها بالتعزير ، والخروج بغير قصد المال لا يعتبر حرابة ولو أدى إلى جرح وقتل ، والخروج لأخذ المال على غير سبيل المغالبة ليس حرابة وإنما هو اختلاس والحرابة تعرف عند أبي حنيفة وأحمد والشيعة الزيدية بأنها الخروج لأخذ المال على سبيل المغالبة إذا أدى هذا الخروج إلى إخافة السبيل أو أخذ المال أو قتل إنسان ويعرفها البعض بأنها إخافة السبيل لأخذ المال[1]

والأصل في الحرابة قوله تعالى ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض الخ ﴾ وقد اختلف في المحاربين المقصودين بهذه الآية فقال البعض إنها نزلت في قوم مشركين كان بينهم وبين النبي ميثاق فنقضوا العهد وقطعوا السبيل وأفسدوا في الأرض وقال البعض إنها نزلت في قوم من أهل الكتاب ، وقال البعض إنها نزلت في قوم أسلموا ثم ارتدوا واستاقوا إبلا لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلوا راعيها والرأي الذي عليه جمهور الفقهاء أن المحارب هو المسلم أو الذمي الذي يقطع الطريق أو يخرج لأخذ المال على سبيل المغالبة[2] على أن الظاهرية يرون أن الذمي الذي يقطع الطريق ليس محارباً ولكنه ناقض للذمة[3] ومن هذا الرأي بعض الفقهاء في مذهب أحمد[4] — أما بقية المذاهب المقارنة فيسوي بين المسلم والذمي وترى كليهما محارباً إذا قطع الطريق وفي مذهب مالك أن الحرابة هي إخافة السبيل سواء قصد المال أو لم يقصد شيء

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ — المغني ج ١ ص٢ ٣ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٦ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨ ١ المحلى ج ١١ ص ٣٠٦

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٩ — نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٦٠ وما بعدها — المحلى ج ١١ ص ٣ وما بعدها

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣١٥ (٤) المغني ج ١ ص ٣١٩

خرج لقطع السبيل لغير مال فهو محارب كقوله لا أدع هؤلاء يخرجون للشام أو غيرها فمن قطع الطريق وأخاف الناس فهو محارب ومن حمل عليهم السلاح بغير عداوة ولا ثائرة فهو محارب والمسلم به عند مالك أن كل ماقصد به أخذ المال على وجه يتعذر معه الغوث فهو حرابة

وتعرف الحرابة عند الشافعيين بأنها هي البروز لأخذ مال أو لقتل أو إرهاب مكابرة اعتماداً على الشوكة مع البعد عن الغوث[1] على أنهم يشترطون في القتل الغير حرابة أن يكون بقصد أخذ المال[2] أو إخافة السبيل[3].

ويرى الظاهريون أن المحارب هو المكابر المخيف لأهل الطريق المفسد في الأرض فيدخل في المحاربين قاطع الطريق واللص ولكنهم يرون أن اللص إذا دخل مستخفياً ليسرق أو يزني أو يقتل مثلا ففعل شيئاً من ذلك مستخفياً فإنما هو سارق أو زان أو قاتل عليه ماعلى الزاني أو السارق أو القاتل فإن اشتهر أمره فعل ارتكاب جريمته فهو ليس محارباً ولكنه فاعل منكر وليس عليه إلا التعزير فإن دافع وكابر بقصد ارتكاب جريمته فهو محارب بلاشك لأنه قد حارب وأخاف السبيل وأفسد في الأرض[4] - ومن أشهر على آخر سلاحاً على سبيل إخافة الطريق ولو لم يقصد أخذ المال فهو محارب وإن كان يقصد العدوان فقط فعليه القصاص إذا جرح شخصاً فإن لم يكن هنالك جرح فعليه التعزير[5] ومن يمتنع عن أداء الزكاة عليه التعزير ولا يعتبر محارباً فإن مانع دونها فهو محارب[6] فالمحارب عندهم كل من حارب المار وأخاف السبيل بقتل نفس أو أخذ مال أو لانتهاك فرج[7] ويرى بعض الشافعية والمالكية التعرض للبضع مجاهرة حرابة[8]

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢
(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٥ (٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥
(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٨ ٢
(٥) المحلى ج ١١ص ٣١٥ (٦) المحلى ج ١١ ص ٣١٣
(٧) المحلى ج ١١ ص٨ ٣ - المراجع السابقة
(٨) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩ ١

ويعتبر مالك من الحرابة أخذ المال مخادعة مع استعمال القوة أو مع عدم استعمالها فمن يسقى المجنى عليه أو يطعمه مادة مخدرة أو يحقنه بها حتى يغيب عن صوابه ثم يأخذ ماله أو يخدعه حتى يدخله محلا بعيداً عن الغوث ثم يسلبه مامعه يعتبر محاربا . ومن يخدع شخصاً صغيراً أو كبيراً على أى الوجهين السابقين ثم يقتله بقصد أخذ مامعه فهو محارب سواء أخذ مامعه أو لم يجد معه مايؤخذ . ويسمى مالك هذا النوع من القتل قتل الغيلة وهو عنده نوع من الحرابة[1] .

٦٣٤ — *ممن تحدث الحرابة؟* تحدث الحرابة من جماعة أو من فرد فقط قادر على الفعل ويشترط أبو حنيفة وأحمد أن يكون مع المحارب سلاح أو ماهو فى حكم السلاح كالعصا والحجر والخشبة ولكن مالكاً والشافعى والظاهرية والشيعة الزيدية لايشترطون السلاح ويكفى عندهم أن يعتمد المحارب على قوته بل يكتفى مالك بالمخادعة دون استعمال القوة فى بعض الأحوال وأن يستعمل أعضاءه كالوكز والضرب بجمع الكف[2] .

ويعتبر محارباً كل من باشر الفعل فيه أو تسبب فيه فمن باشر أخذ المال أو القتل أو الإخافة فهو محارب ومن أعان على ذلك بتحريض أو اتفاق أو إعانة فهو محارب ويعتبر فى حكم المباشر من يحضر المباشرة ولو لم يباشر بنفسه كمن يوكل إليه الحفظ أو الحراسة ويعتبر معيناً الطليعة والردء الذى يلجأ إليه المحاربون إذا انهزموا أو الذين يمدونهم بالعون إذا احتاجوا إليه فكل هؤلاء يعتبرون محاربين عند مالك وأبى حنيفة وأحمد والظاهريين ولكن الشافعى لايعتبر محارباً إلا من باشر فعل الحرابة بنفسه وأما المتسبب فى الفعل والمعين عليه وإن حضر مباشرته ولم يباشره فلا يعتبر محارباً وإنما هو عاص أتى معصية

(١) شرح الزرقانى ج ٨ وحاشية الشيبانى ص ١٠٩ — المدونة ج ١٦ ص ١٠٤ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٠ — كشاف القناع ج ٤ ص ٨٩ — المغنى ج ١٠ ص ٣٠٤ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ — شرح الأزهار ص ٣٧٦ — المحلى ج ١١ ص ٣٠٨ — المدونة ج ١٦ ص ١٠٣ — شرح الزرقانى ج ٢ ص ١٠٩ .

يعزر عليها ويترتب على هذا الفرق أنه لو خرج جماعة فقطعوا الطريق وأخذ بعضهم مالا وقتل بعضهم أشخاصاً ولم يعمل الباقون شيئاً فكلهم مسؤول عن أخذ المال والقتل عند مالك وأبي حنيفة وأحمد والظاهريين أما عند الشافعي فلا يسأل عن القتل إلا القاتل ولا يسأل عن أخذ المال إلا من أخذ المال لأن كل واحد منهم انفرد بسبب حد فاختص بحده أما الباقون فعليهم التعزير[1].

ويشترط في المحارب أن يكون مكلفاً ملزماً وهذا متفق عليه [ولا يخالف فيه إلا الظاهريون فلا يشترطون إلا أن يكون مكلفاً فقط لأنهم يرون أن الذمي إذا قطع الطريق ينقض عهده]

فإذا كان في القطاع صبي أو مجنون فيرى أبو حنيفة ومحمد أن لا حد عليهما لأنهما ليسا من أهل الحد ولا حد على غيرهما ممن باشر الجريمة أو تسبب فيها أو أعان عليها ويرى أبو يوسف هذا الرأي إذا كان الصبي أو المجنون هو الذي باشر الجريمة وحده فإن كان غيرهما هو المباشر فالحد على العقلاء البالغين دون غيرهم ويرى مالك والشافعي وأحمد والظاهريون أن الحد يسقط عن الصبي والمجنون في كل حال دون غيرهما سواء ولي أحدهما قطع الطريق أو وليه غيره[2]

ويستوي أن يكون المحارب رجلا أو امرأة عند مالك والشافعي وأحمد والظاهريين والشيعة وظاهر الرواية عند أبي حنيفة أن لا تحد المرأة إذا اشتركت في الحرابة ولا يحد من معها إذا وليت هي مباشرة الفعل ولكن أبا يوسف يرى حد الرجال ولو باشرت المرأة القطع دونهم - والرواية الأخرى في مذهب أبي حنيفة أن النساء والرجال في قطع الطريق سواء لأن هذا حد يستوي في وجوبه

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٣٣ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ ، ١١١ - المدونة ج ١٦ ص ١٠١ - كشاف القناع ج ٤ ص ٩٠ - المحلى ج ١١ ص ٣٠٨ - بدائع الصنائع ج ٤ ص ٩١ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩١ - كشاف القناع ج ٤ ص ٨٩ - المدونة ج ١٦ ص ١٠٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢

الذكر والأنثى كسائر الحدود ولأن النص لم يفرق بين ذكر وأنثى[1] .

وإذا أخذ المحارب مالا فيشترط فى المال المأخوذ محاربة ما يشترط فى المال المأخوذ بالسرقة فيجب أن يكون المال محرزاً وأن يكون مالا متقوماً وأن يكون مملوكا للغير وأن لا يكون لآخذه شبهة فيه إلى غير ذلك من الشروط التى سبق بيانها عند الكلام على السرقة وبالإجمال فإنه يشترط فى أخذ المال حرابة ما يشترط فى أخذه بالسرقة إلا أن الأخذ حرابة يقتضى الأخذ مجاهرة ومغالبة لا خفية ويجب أن يكون المال المسروق بحيث يصيب كل من المحاربين نصاباً فإذا لم يصب كل منهم نصاباً فلا حد عليهم باعتبارهم آخذين للمال وهذا هو مذهب أبى حنيفة والشافعى على أننا يجب أن نلاحظ أن أبا حنيفة يعتبر المباشر والمتسبب والمعين محارباً أما الشافعى فلا يعتبر محارباً إلا المباشر كذلك يجب أن لا ننسى الفرق بينهما فى تقدير النصاب وقد سبق بيانه فى السرقة

أما الشيعة الزيدية وأحمد فيرون الحد على المحارب ما دامت قيمة المسروق كله تبلغ نصاباً واحداً ولو تعدد السراق ولو لم يصب أحدهم من المال المسروق نصاباً كاملا[2] .

أما مالك فلا يشترط النصاب فى الحرابة ويكفى عنده لوجوب الحد أن يأخذ المحارب مالا محترما سواء بلغ نصاب السرقة أو لم يبلغه وسواء كان الآخذ واحداً أو جماعة[3] ويرى بعض فقهاء المذهب الشافعى هذا الرأى

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩١ ـ شرح الزرقانى ص ١٠٩ ـ المدونة ج١٦ ص ١٠٢ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٨٩ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٦ المحلى ج ١١ ص ٣٠٨

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ ـ نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣ ـ المهذب ج ٢ ص ٣٠٢ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٩١ ـ المغنى ج ١ ص ٣١٣ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٦ ، ٣٦٧

(٣) المدونة ج ١٦ ص ١٠ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨ ـ نهاية المحتاج ج ٨ ص ٥

وإذا كان المحارب مستأمناً فحكمه حكم السارق وقد بينا ذلك عند الكلام على السرقة[1] .

٦٣٥ — **مكان القطع** . يشترط أبو حنيفة لعقوبة الحد أن تكون الجرائم في دار الإسلام فإن كانت في دار الحرب فلا يجب الحد لأن المتولى إقامة الحد وهو الإمام ليس له ولاية على دار الحرب وهي محل وقوع الجريمة[2] ومن هذا الرأي الشيعة الزيدية[3] لكن مالكا والشافعي وأحمد والظاهريين يوجبون الحد سواء وقعت الجرائم في دار الإسلام أو دار الحرب ما دام الفعل قد وقع جريمة أي وقع على مسلم أو ذمي من مسلمين أو ذميين ، وقد تكلمنا عن هذا بمناسبة الكلام عن السرقة ويشترط الظاهريون أن يكون القطع من مسلمين فقط .

ويرى أبو حنيفة أن يكون القطع في غير مصر أي بعيداً عن العمران فإن كان في مصر فلا حد عنده سواء كان القطع نهاراً أو ليلا وسواء كان بسلاح أو غيره وهو رأي أساسه الاستحسان ويعلل بأن القطع لا يحصل عادة في الأمصار وإنما يحصل في الطريق بين القرى ولذلك يشترط أن يكون القطع على مسافة سفر من المصر ، وإذا كان هذا هو الاستحسان فإن القياس أن الحد يجب سواء كان القطع في مصر أو غير مصر وهو رأي أبي يوسف ، ويميل إليه فقهاء المذهب وعليه الفتوى ويروى عن أبي يوسف أنه يفرق بين النهار والليل فيرى الحد في قطع الطريق في المصر ليلا سواء كان القاطعون مسلحين أم يحملون عصياً ـ ولا يعتبر القاطعين قاطعي طريق في النهار إلا إذا كانوا مسلحين فإن لم يكونوا مسلحين فليسوا بقطاع إذا ارتكبوا جرائمهم في المصر وحجته أن الغوث قلما يتحقق في الليل فيستوي فيه السلاح وغيره[4] وأبدى أحمد رأيه في الجرائم

(١) مواهب الجليل ح ٦ ص ٣١٤ ـ أسنى المطالب حـ ٤ ص ١٥٠
(٢) بدائع الصنائع حـ ٧ ص ٩٢
(٣) شرح الازهار حـ ٤ ص ٣٧٦
(٤) بدائع الصنائع ح ٧ ص ٩٢ ـ شرح فتح القدير حـ ٤ ص ٢٧٤ ، ٢٧٥

فى الصحراء ولكنه توقف إذا كانت فى القرى والأمصار ، ولكن أصحابه لا يفرقون بين الحرابة فى الصحراء والمصر ويرون المحارب محارباً حيثما كان لتناول الآية بعمومها كل محارب ولأن الحرابة فى المصر أعظم خطراً وأكثر ضرراً. ويفرق بعض فقهاء المذهب بين ما إذا كان المجنى عليهم يلحقهم الغوث لو صاحوا وبين عدم لحوق الغوث ويشترون القطع فى الحالة الثانية[١]

ولا يفرق مالك والشافعى بين الصحراء والمصر فيصح أن يقع الفعل فى الصحراء أو فى المصر ولكن مالكا يشترط أن يقع الفعل على وجه يتعذر معه الغوث فلو منع المجنى عليه من الاستغاثة وكان الغوث ممكنا لو استغاث فالفعل حرابة ، وإذا وضع حول الدار من يمنع وصول الغوث كان الفعل حرابة ، وكذلك إذا هدد من يحضر للغوث فامتنع عن الإغاثة خوفاً[٢]

أما الشافعى فيشترط لاعتبار الفعل حرابة أن لا يلحق غوث

وفقد الغوث قد يكون للبعد عن العمران أو السلطان أو لضعف للموجودين فى محل الحادث أو على مقربة منه أو لضعف السلطان أو لمنع المجنى عليهم من الاستغاثة ، فمذهب الشافعى فى هذه الحالة كمذهب مالك[٣] والشيعة الزيدية لا يرون الحرابة إلا فى غير المصر ولكن بعضهم يرى أنها تكون فى المصر وغير المصر[٤]

أما الظاهريون فيرون أن الحرابة تكون فى المصر والفلاة سواء وقعت ليلا أو نهاراً وسواء كان المحارب مسلحاً أو غير مسلح وسواء كانت فى قرية صغيرة أو مدينة عظيمة وسواء كان الغوث ممكناً أو متعذراً[٥]

٦٣٦ — المقطوع عليه: نشترط فى المقطوع عليه أن يكون معصوما

(١) المغنى حـ ١٠ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ — كشاف القناع ج ٤ ص ٨٩
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٤ — شرح الزرقانى حـ ٨ ص ١٠٨ ، ١٠٩
(٣) نهاية المحتاج حـ ٨ ص ٣ — أسنى المطالب حـ ٤ ص ١٥٤
(٤) شرح الأزهار حـ ٤ ص ٣٧٦ (٥) المحلى ج ١١ ص ٣٠٨

ويكون كذلك إذا كان مسلما أو ذميا. أما إذا كان حربيا أو باغيا فلا عصمة له. وإذا كان حربيا مستأمنا فهو معصوم ولكن هناك خلافا على توقيع عقوبة الحد في ارتكاب الجريمة عليه وقد سبق أن ذكرنا الآراء المختلفة في شأنه في السرقة[1].

وللمقطوع عليه أن يقاتل القاطع ويدفعه عن نفسه وماله ويستحب للمجنى عليه أن يناشد المحارب أن يرجع عن جريمته فإن لم يكن في الأمر مهلة فرض على المجنى عليه أن يبادر إلى كل ما يمكنه به الدفاع عن نفسه، مايغلب على ظنه أنه يندفع به فإن اندفع بالقول والتهديد لم يكن له أن يضربه وإن كان يندفع بالضرب لم يكن له أن يقتله فإن كان لايندفع إلا بالقتل أو خاف أن يبدأه بالقتل أو لم يمهله بالدفع فله أن يضربه بما يقتله والأصل فيما سبق أن المحارب حين يقصد قتل إنسان أو سلب ماله لا يهدر دمه بهذا القصد وحده وإنما الذي يهدر دم المحارب هو عدم إمكان دفعه إلا بالقتل لأن القتل يصبح من ضرورات الدفع على أن المحارب يهدر دمه إذا ارتكب من الحرابة مايوجب حد القتل وإذا عدا عليه شخص فقتله فلا قصاص عليه وإنما يعزر لافتياته على السلطات العامة[2].

٦٣٧ — *الأدلة على جريمة الحرابة*: تثبت جريمة الحرابة بالبينة والإقرار ويكفي في حالة البينة شهادة شاهدين وما قيل عن البينة والإقرار في السرقة يقال هنا. ويجوز أن يكون الشاهدان من الرفقة الذين قاتلوا المحاربين أو وقعت عليهم الحرابة على أن لا يشهدا لأنفسهما بشيء ويجوز أن تشهد لهما غيرهما — وإذا لم يتوفر نصاب الشهادة وكان الشاهد واحداً أو شاهد وامرأتان أو شاهد رؤية وشاهد سماع وكان الشهود سماعيين أو لم يكن ثمة شهود وكان المتهم مقراً ثم عدل عن إقراره في هذه الحالات وأمثالها يعاقب المحارب عقوبة تعزيرية لأن التعزير يثبت بما يثبت

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩١

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ ، ٩٣ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٩ ، ١١٠ المدونة ج ١٦ ص ١٠٤ ، وقد سبق الكلام عن قطع الطريق والحكم واحد في الحالتين — ويراجع كتاب الفروع المقدسي والمحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣١٤ — المغني ج ١٠ ص ٣٠٢ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٦ وما بعدها

به الأموال والعبرة عند توقيع العقاب ثبوت الاتهام لدى القاضي فإن اقتنع بصحة الأدلة المعروضة عليه قضى على أساسها وإلا فلا[1] .

٦٣٨ - عقوبة الحرابة : تختلف عقوبة المحارب عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والشيعة الزيدية باختلاف الأفعال التي يأتيها فتعتبر حرابة وهي لا تخرج عما يأتي ١ - إخافة السبيل دون أن يأخذ مالا أو يقتل نفساً ٢ - أخذ المال لا غير ٣ - القتل لا غير ٤ - أخذ المال والقتل معاً فلكل فعل من هذه الأفعال عقوبة خاصة عند هؤلاء الفقهاء . أما مالك فيرى أن الإمام بالخيار في اختيار عقوبة المحارب من بين العقوبات التي وردت في النص مالم يكن قتل فعقابه القتل أو القتل والصلب والخيار للإمام بين هاتين العقوبتين دون غيرهما بينما يرى الظاهريون أن الإمام بالخيار في كل الأحوال أياً كانت الجريمة وسواء قتل المحارب أم لم يقتل .

والأصل في هذا الخلاف بين الفقهاء اختلافهم على تفسير حرف « أو » الوارد في قوله تعالى ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ﴾ فمن رأى أن حرف « أو » جاء للبيان والتفصيل قال إن العقوبات جاءت مترتبة على قدر الجريمة وجعل لكل جريمة عينها عقوبة تعينها ومن رأى أن حرف « أو » جاء للتخيير ترك للإمام أن يوقع أية عقوبة على أية جريمة بحسب ما يراه ملائماً إلا أن مالكا قيد التخيير في حالة القتل فجعل الخيار بين القتل والصلب فقط وحجته أن القتل أصلا عقوبته القتل فلا يعاقب عليه بالقطع ولا بالنفي كذلك قيد التخيير في حالة أخذ المال دون قتل وجعل للإمام الخيار إلا في عقوبة النفي ، أما الظاهريون فيرون الخيار المطلق

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٨ - المغني ج ١٠ ص ٣٢٤ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٩ - بدائع الصنائع ص ٩٣

وبعد هذا البيان نستطيع أن نبين عقوبة كل فعل بحسب الآراء المختلفة :

٦٣٩ – إخافة السبيل بوغير إذا أخاف المحارب السبيل لاغير ولم يقتل ولم يأخذ مالا فجزاؤه عند أبى حنيفة وأحمد النفى لقوله تعالى ﴿ أو ينفوا من الأرض ﴾ وجزاؤه عند الشافعى والشيعة الزيدية التعزير أو النفى وقد سووا بين التعزير والنفى لاعتبارهم النفى تعزيراً حيث لم يحدد نوعه ومدته على أنهم يرون أن يمتد النفى حتى تظهر توبة المحارب(١)

ويرى مالك أن الإمام مخير بين أن يقتل المحارب أو يصلبه أو يقطعه أو ينفيه وأن الأمر فى الاختيار مرجعه الاجتهاد وتحرى للمصلحة العامة . فإن كان المحارب ممن له الرأى والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه لأن القطع لا يرفع ضرره وإن كان لا رأى له وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف وإن كان ليس فيه شىء من هاتين الصفتين أخذ باليسر وما يجب فيه وهو النفى والتعزير(٢).

ويرى الظاهريون ما يراه مالك فى هذه المسألة(٣)

معنى النفى : اختلف الفقهاء فى معنى النفى اختلافا كبيراً فقال البعض إن المراد بقوله تعالى ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ أن ينفوا من الأرض بالقتل أو الصلب وقال البعض إن النفى هو الطرد من دار الإسلام فالنفى بهذا المعنى هو التغريب ويساوى إلى حدما إسقاط الجنسية فى عصرنا الحاضر وإن كان من الممكن إعادة المنفى إذا ظهرت توبته ، والنفى فى مذهب مالك هو السجن فى رأى البعض وهو السجن فى بلد أخرى غير محل الحادث فى رأى ثان وهو فرارهم من الإمام لإقامة الحد عليهم فإن قدر عليهم فلا نفى بعد ذلك وبالرأى الأول يأخذ الحنفيون

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ ، ١٥٥ – المغنى ج ١٠ ص ٣١٣ – بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ – شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ ، ٣٨١ – شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٠ ، ١١١ المدونة ج ١٦ ص ٩٨ ، ٩٩

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣٨٧ ، ٣١٩

فعندهم هو السجن وفى مذهب الشافعى الرأى الراجح أن النفى هو الحبس وأن الحبس جائز فى محله وأولى أن يكون فى محل آخر أما الرأى المرجوح فالنفى أن يطلبوا إذا هربوا حتى يأخذوا ـ ويرى أحمد أن النفى هو تشريد المحارب فى الأمصار فلا يسمح له أن يأوى إلى بلد حتى تظهر توبته والرواية الثانية كالرأى الثانى فى مذهب الشافعى ـ والرأى الراجح فى مذهب الشيعة أن النفى يكون بالحبس وقيل بسمل الأعين وبالطرد والتشريد

مدة النفى ومدة النفى عند أبى حنيفة والشافعى ومالك غير محدودة فيظل المحارب مسجونا حتى تظهر توبته ويصلح حاله فيطلق سراحه وهذا هو الرأى الراجح فى مذهب أحمد

وإن كان البعض يرى أن تكون مدة النفى عاماً قياساً على التغريب فى الزنا[١].

أما الظاهريون فيرون أن النفى هو أن ينفى أبداً من كل مكان من الأرض وأن لا يترك لغير الأحوة أكله ونومه وما لابد منه من الراحة التى إن لم ينلها مات ومدة مرضه ويظل هكذا حتى يحدث توبة فإذا أحدثها سقط عنه النفى وترك يعود إلى مكانه[٢]

وأساس هذه الآراء المختلفة هو الاختلاف فى تفسير معنى النفى فمن قال بأن النفى هو السجن مطلقا فسروا النفى بأنه الإبعاد من الأرض ورأوا أنه لايقدر على إخراجه من الأرض جملة فوجب أن يعمل من ذلك أقصى مايقدر عليه وغاية ذلك هو السجن لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » وسقط ما يستطاع ومن قال إن السجن يكون فى بلد غير بلده نظر إلى المعنى

(١) المدونة ح ١٦ ص ٩٨ ، ٩٩ ـ شرح الزرقانى ح ٨ ص ١١ ـ بداية المجتهد ح ٢ ص ٣٨١ ـ أسنى المطالب ح ٤ ص ١٥٤ ـ المهذب ح ٢ ص ٣٠٢ ـ المغنى ح ١ ص ٣١٣ ، ٣١٤ ـ بدائع الصنائع ص ٩٥ ـ شرح فتح القدير ح ٤ ص ٢٦٩، ٢٧٠ كشاف القناع ح ٤ ص ٩١ ـ شرح الأزهار ح ٤ ص ٣٧٦

(٢) المحلى ح ١١ ص ١٨٣

السابق ونظر إلى أن يحقق معنى الإبعاد للمستطاع عن محل الجريمة أيضا . أما الذين لم يروا نفيه فقد قالوا إذا سجناه فى بلد أو أقررناه فيه غير منفيين فلم ننفه من الأرض كما أمر الله تعالى بل عملنا به ضد النفى والإبعاد وهو الإقرار والإثبات فى الأرض فى مكان واحد منها وهذا خلاف القرآن فوجب علينا بنص القرآن أن ننفيه ونبعده عن جميع الأرض بحسب طاقتنا وغاية ذلك ألا نقره فى شيء منها مادمنا قادرين على نفيه من ذلك الموضع ثم هكذا أبداً ولو قدرنا على أن لاندعه يقر ساعة فى شيء من الأرض لفعلنا ذلك ولكان واجباً علينا فعله مادام مصراً على المحاربة[1] .

وحجة الفقهاء فى أن النفى غير محدود المدة أن النص لم يحدده وأن النفى جاء عقوبة للمحارب وأن المحارب مادام مصراً على المحاربة فهو محارب — وإذ هو محارب يجب أن يجرى جزاء المحارب فالنفى باق عليه مالم يترك المحاربة بالتوبة فإذا تركها سقط عنه جزاؤها[2]

٦٤٠ — أخذ المال بغير إذا أخذ المحارب المال ولم يقتل فيرى أبوحنيفة والشافعى وأحمد ومعهم الزيدية أن تقطع المحارب من خلاف أى أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى وهم يقطعون اليد اليمنى للمعنى الذى قطعت به يد السارق اليمنى ويقطعون الرجل اليسرى لتتحقق المخالفة ولا ينتظر اندمال اليد فى قطع الرجل بل يقطعان معاً لأن العقوبة عقوبة واحدة وتبدأ بالأيدى لأن النص بدأ بالأيدى فقدمها على الأرجل ولا خلاف فى قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى إذا كانت يداه ورجلاه صحيحة فإن كان معدوم اليد والرجل إما لكونه قد قطع فى جناية أو سرقة أو قصاص أو لمرض فمذهب أبى حنيفة وهو رأى فى مذهب أحمد أن القطع يسقط عن المحارب سواء كانت اليد اليمنى والرجل اليسرى أو العكس لأن قطع ما زاد على ذلك يذهب منفعة الجنس

وعلى هذا الشيعة الزيدية وكل من لا يرى أن يقطع إلا يد واحدة ورجل

(١) المحلى جـ ١١ ص ١٨١ ، ١٨٢ (٢) المحلى جـ ١١ ص ١٨٢ ، ١٨٣

واحدة فى السرقة . أما الشافعى ورأيه وجه فى مذهب أحمد فيرى أن يقطع الباقى من الأعضاء المستحقة القطع فإن كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى وحدها ولو كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يمنى يديه ولم يقطع غير ذلك لأنه وجد فى محل الحد مايستوفى فاكتفى باستيفائه . وإن كان ثمة شلل فى اليدين أو الرجل فالحكم فى الشلل مما سبق ذكره عند الكلام على القطع فى السرقة

أما مالك فيرى أن المحارب إذا أخذ المال دون قتل يعاقب على حسب اجتهاد الإمام فيما هو من المصلحة العامة والإمام مخير فى عقابه بأية عقوبة ، مما جاءت بها آية المحاربة عدا عقوبة النفى فليس له أن يعاقبه بها لأن الحرابة سرقة مشددة وعقوبة السرقة أصلا القطع فلا يصح أن يجعل الخيار للإمام فيما ينزل بالعقوبة عن القطع وهو النفى

أما الظاهريون فيرون أن الإمام له حق الخيار المطلق من كل قيد فى جريمة الحرابة فيختار أية عقوبة من عقوباتها لأى فعل أتاه المحارب بحسب مايرى أنه يتفق مع المصلحة العامة

ويلاحظ أنه عند اختيار القطع بحسب رأى مالك يعد القطع على الوجه الذى يراه الشافعى والذى سبق بيانه[1]

وينبغى أن لا ننسى ماذكرناه عن النصاب واشتراطه أو عدم اشتراطه فى حالة أخذ المال ، كما ينبغى أن نعلم أن من يشترطون المخاصمة للقطع فى السرقة يشترطون لتوقيع عقوبة القطع فى الحرابة والمخاصمة أيضاً ممن له حق المخاصمة وليراجع ماذكرناه عن المخاصمة فى السرقة[2]

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٩٣ — شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٧٧ — المغنى ج ١ ص ٣١١، ٣١٢ وما بعدها، المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ — شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١١٠، ١١١ — أسنى المطالب جـ ٤ المحلى لابن حزم جـ ١١ ص ٣٢٧

(٢) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٥ — بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٩٣

٦٤١ ـ القتل بوحده : إذا قتل المحارب ولم يأخذ مالا فيرى أبو حنيفة والشافعى أن عقوبة المحارب هى القتل حداً دون صلب وهذا الرأى رواية عن أحمد وعنه رواية أخرى هى أنهم يصلبون لأنهم محاربون يجب قتلهم فيصلبون كمن أخذوا المال وفى مذهب الشيعة الزيدية رأيان أحدهما يرى القتل دون صلب والثانى يرى القتل مع الصلب .

ويرى مالك أن الإمام بالخيار إن شاء قتل وصلب وإن شاء قتل دون صلب[1] ولا خيار له فى غير هاتين العقوبتين دون غيرهما[2]

ويرى الظاهريون أن الإمام بالخيار فى كل العقوبات التى جاءت بها آية المحاربة فيعاقب على القتل بالنفى أو القطع أو القتل أو الصلب ولا يباح له أن يجمع على المحارب عقوبتين من هذه العقوبات بأى حال[3]

٦٤٢ ـ القتل وأخذ المال : إذا قتل المحارب وأخذ المال كان عقابه القتل والصلب معا عند الشافعى وأحمد والشيعة الزيدية ولا قطع عليه وهذا هو مايراه أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى ، ويرى أبو حنيفة أن الإمام مخير فى حالة القتل المقترن بأخذ المال بين أن يقطع يده ورجله ثم يقتله أو يصلبه وبين أن لايقطعه ثم يقتله بلا صلب أو يصلبه فيقتله وينبغى أن لا ننسى ماسبق ذكره عن اشتراط النصاب أو عدم اشتراطه فى المحاربة فمن يشترط النصاب لكل محارب لايعتبر القتل مصحوباً بأخذ مال مالم يخص كل محارب نصاباً كما هو الحال عند الشافعى ومن يكتفى بنصاب واحد لكل المحاربين لايعتبر القتل مصحوباً بأخذ المال إلا إذا بلغ المال المأخوذ نصاباً كما هو الحال فى مذهب أحمد ومن لايشترط النصاب فى المحاربة يكتفى بأخذ مال مقوم أيا كان مقداره كما هو الحال فى مذهب مالك ومذهب أحمد والرأى المعتمد فى مذهب الشافعى

(١) المدونة ج ١٦ ص ٩٩

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ ، ٣٨٢ ـ شرح الزرقانى ص ١١ ، ١٢١

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣١٧ ، ٣١٩

ويرى البعض أن محمداً لا يرى القطع ولكنه يرى الإمام مخيراً بين الصلب والقتل[١].

ويرى مالك أن الإمام مخير بين أن يقتله وبين أن يصلبه ويقتله . أما الظاهريون فيرون أن الإمام مخير في كل العقوبات المقررة في آية الحرابة فله أن ينفيه وله أن يقطعه وله أن يقتله وله أن يصلبه بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة ولكن ليس له أن يجمع عليه القتل والصلب ولا أن يجمع عليه بين عقوبتين بحال كالنفي والقطع أو القطع والقتل أو القطع والصلب[٢].

٦٤٣ — *كيفية الصلب* : اختلف الفقهاء في كيفية الصلب الواجب على المحارب فرأى الشافعي وأحمد أن الصلب يجيء بعد القتل فيقتل المحارب أولاً ثم يصلب مقتولاً وحجتهم أن النص جاء بتقديم القتل على الصلب في اللفظ فوجب أن يتقدمه في الفعل ولأن الصلب قبل القتل تعذيب للمقتول ومثله يؤدي إلى اتخاذ المقتول غرضاً وقد نهى الرسول عن ذلك فقال « إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة » ، وقال « إن أعف الناس قتلة أهل الإيمان » وقال « ولعن الله من اتخذ شيئاً فيه الروح غرضاً » .

كذلك نهى الرسول عن المثلة ولو بالكلب العقور وأصحاب هذا الرأي يرون أن الصلب ليس عقوبة شرعت لردع المحارب وإنما هو عقوبة شرعت للزجر فالمقصود من الصلب اشتهار أمره فيرتدع بذلك غيره[٣].

والمعتمد في مذهب مالك أن القتل يكون بعد الصلب فيصلب المحارب على خشبة ثم يقتل وهو مصلوب وحجتهم أن الصلب فرض عقوبة والعقوبة لا تقع

(١) فتح القدير ح ٤ ص ٢٧
(٢) المحلى ح ١١ ص ٣١٧ ، ٣١٩ — المدونة ح ١٦ ص ٩٩ — بداية المجتهد ح ٢ ص ٣٨١ ، ٣٨ شرح الأزهار ح ٤ ص ٣٧٧ — أسنى المطالب ح ٤ ص ١٥٥ — المغني ح ١ ص ٧ ٣ بدائع الصنائع ص ٩٣
(٣) المغني ح ١ ص ٧ ٣ ، ٨ ٣ — أسنى المطالب ح ٤ ص ١٥٥ — المحلى ح ١١ ص ٣١٥ ، ٣١٦

على ميت فوجب أن يتقدم الصلب القتل وأن الصلب لم يقصد به ردع الغير وإنما قصد به العقاب قبل كل شيء وكل عقوبة لها غرضان، الأول ردع الجاني والثاني زجر غيره ولأن الصلب شرع زيادة فى العقوبة وتغليظاً حتى لاتتساوى عقوبة من قتل مع عقوبة من قتل وأخذ المال[1] - على أن فى المذهب من يرى القتل قبل الصلب[2]

وفى مذهب أبى حنيفة رأيان كمذهب مالك أرجحهما صلب المحارب حياً ثم طعنه برمح فى ثندوته حتى يموت[3]

وفى مذهب الشيعة الزيدية هذان الرأيان وأرجحهما الصلب بعد القتل لاقبله[4]

أما الظاهريون فالأصل عندهم أن الإمام مخير فى كل عقوبات المحاربة ولكن ليس له أن يجمع بينها فإذا رأى صلبه فليس له أن يقتله أو يقطعه أو ينفيه وإذا رأى قتله فقد حرم عليه أن يصلبه أو يقطعه أو ينفيه وإذا رأى قتله فقد حرم عليه أن يصلبه أو يقطعه أو ينفيه وإذا رأى قطعه حرم عليه القتل والصلب والنفى فالصلب عندهم عقوبة مستقلة مقصود بها قتل المحارب بكيفية معينة فيصلب المحارب حيا ثم يترك على خشبة فلا يطعم ولا يسقى حتى ييبس ويجف فإذا مات أنزل عن خشبته وغسل وكفن[5]

٦٤٤ - مدة الصلب: لم يرد نص فى تحديد مدة الصلب ولذلك اختلفت فى مدته فرأى الفقهاء فى مذهب أحمد أنه يصلب قدر مايشتهر أمره لأن المقصود من الصلب هو إشهار أمر المصلوب ورأى الفقهاء فى مذهب الشافعى وأبى حنيفة أنه يصلب ثلاثة أيام[6]

(١) مواهب الجليل ح ٦ ص ٣١٥ - المدونة ح ١٦ ص ٩٩ - شرح الزرقانى ح ٨ ص ١١
(٢) بداية المجتهد ح ٢ ص ٣٨١ (٣) بدائع الصنائع ح ٧ ص ٩٥
(٤) شرح الأزهار ح ٧ ص ٣٧٧ ، ٣٧٨ - تبصرة الحكام ح ٢ ص ٣٦١
(٥) المحلى ح ١١ ص ٣١٧ ، ٣١٨
(٦) المغنى ح ١٠ ص ٣٠٨ - بداية المجتهد ح ٢ ص ٣٨١ - أسنى المطالب ح ٤ ص ١٥٥ بدائع الصنائع ح ٧ ص ٩٥

٦٤٥ — حكم موت المحارب قبل إقامة الحد عليه : — وإذا مات المحارب قبل القدرة فى إقامة الحد عليه لم يصلب لأن الصلب جزء من الحد وقد سقط الحد بموت المحارب فيسقط الصلب على أن بعض الشافعيين والشيعة الزيدية يرون أنه إذا سقط بعض الحد لعدم إمكان تنفيذه لم يسقط البعض الذى يمكن تنفيذه أما إذا قتل قصاصا فلا صلب عليه عند أحمد لأن حد الحرابة سقط بالقصاص فيسقط الصلب وفى مذهب الشافعى رأيان : أحدهما كرأى أحمد والثانى يرى أن الصلب لا يسقط لأن تنفيذه ممكن وهو رأى فى مذهب الشيعة الزيدية وهو الرأى المعمول به فى مذهب مالك خصوصا وأنه يرى تقديم حق الله على حق الآدمى أما مذهب أبى حنيفة فيجيز الصلب ولو أنه يقدم حق الأفراد على حق الله تعالى لأنه لا يمنع من تنفيذ حقوق الله ما سقط بالضرورة فأما مالم يسقط فينفذ وإذا قتل المحارب حسبة أى عدا عليه شخص فقتله لحرابته وجب الصلب عند من يوجبونه وجاز عند من يجعلون الخيرة فيه للإمام[1]

٦٤٦ — هل يصح عفو قتيل المحارب أو قاطعه ؟ القاعدة أن الحد حق لله تعالى وأنه لا يجوز العفو عنه ولا إسقاطه وحد الحرابة كأى حد آخر لا يحتمل العفو والإسقاط والإبراء والصلح عنه فكل ما وجب على المحارب من قتل أو قطع أو صلب تستوفى منه سواء عفا الأولياء وأرباب الأموال أو لم يعفو وسواء أبرأوا منه أو صالحوا عليه وليس للإمام إذا ثبت الحد عنده أن يتركه أو يسقطه أو يعفو عنه لأن الواجب حد والحدود حقوق الله تبارك وتعالى[2].

وهذا هو الأصل فى كل المذاهب الإسلامية ولكن الشيعة يرون أن الإمام له إسقاط الحدود عن بعض الناس لمصلحة وله تأخيرها إلى وقت آخر لمصلحة عدا

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٩ ، ٣٢٣ ــ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ ــ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٢ ، ٦٣ ــ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٧ ــ المدونة ج ١٦ ص ١٢ ــ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٦ ، ٥٧ ، ٩٥ ــ المغنى ج ١٠ ص ٣٠٧ ــ كشاف القناع ج ٤ ص ٤٧ ــ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٦ المدونة ج ١٦ ص ٩٩ ، ١٠١ .

حدى القذف والسرقة ففيهما اختلاف فالبعض لا يرون للإمام أن يسقطهما أو يؤخرهما والبعض يرى ذلك وحجتهم فى هذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين تمكن من بنى قينقاع وأراد قتلهم وكانوا حلفاء لعبد الله بن أبى كبير المنافقين فى حال الجاهلية فطلب من النبى تركهم فكره ذلك ثم إنه تشفع إلى النبى صلى الله عليه وسلم وأكثر فى تركهم فتركهم له لما رأى فى ذلك من الصلاح وهم مختلفون فيما إذا كان للإمام حق إسقاط القصاص عن بعض الناس أو تأخيره باعتبار أنه حق آدمى فيرى البعض جواز الإسقاط لمصلحة عامة ويرى البعض أن الإسقاط لا يجوز لأن منع القصاص هو منع لحق آدمى وظلم والخلاف بين الفريقين أساسه الخلاف فى أى المصلحتين تغلب عن التعارض، المصلحة العامة أم المصلحة الخاصة(١)

ويترتب عليه أنه يترتب على عدم جواز العفو عن الحد أو إسقاطه أن يكون المحارب مهدراً إذا وجب عليه القطع أو القتل وقد فصلنا ذلك فى التشريع الجنائى(٢)

ولكن لم يبين حكم الإهدار عند الظاهريين والشيعة الزيدية فنقول إن الظاهريين يجعلون للإمام الخيار فى أى عقوبة من العقوبات الواردة فى الآية وهذا يجعل المحارب غير مهدر ولو حكم عليه بعقوبة مهدرة لاحتمال أن يستبدل بها الإمام عقوبة أخرى غير مهدرة قبل التنفيذ

ورأى الشيعة يجعل المحارب غير مهدر ولو حكم عليه بعقوبة مهدرة لأن للإمام إسقاط العقوبة لمصلحة عامة

وعلى هذا إذا عدا شخص على محارب أخذ المال أو قتل فقطع يده أو قتله فلا قصاص على العادى عند مالك وأبى حنيفة والشافعى وأحمد سواء كان ذلك قبل الحكم أو بعده مادامت جريمة الحرابة ثابتة وإنما يعزر العادى لافتياته على السلطات العامة القائمة على تنفيذ العقوبات والعلة فى عدم القصاص هى أن قطع

---

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٤ ، ٣٣٥

(٢) جزء أول فقرات ذلك هناك

المحارب أو قتله متحتم وواجب لابد من إقامته فالتعزير ليس القطع أو القتل وإنما للافتيات على السلطات العامة والقيام بما اختصت نفسها به [1].

أما عند الظاهريين والشيعة الزيدية فيقتص من القاطع أو القاتل لأن العقوبات غير لازمة (تراجع أقوال الظاهريين والشيعة فى القتل والجرح)

٦٤٧ – **هل يشترط فى القتل الذي يحدث من المحارب أن يكون عمداً ؟** يوجب مالك وأبو حنيفة والشيعة الزيدية القتل لمجرد القتل ويطلقون لفظ القتل فلا يشترطون أن يكون عمداً وعلى هذا يكون القتل الذى يجب فيه الحد عندهم هو مطلق القتل سواء كان عمداً أو شبه عمد أو خطأ مع ملاحظة أن مالكا لا يعترف بشبه العمد ويسوى الحنفيون بين أنواع القتل وأداة القتل فلا يشترطون المحدد ويجوز أن يكون القتل بمثقل وعصا وحجر وخشب [2]

أما الشافعى فيشترط القتل العمد لوجوب الحد فالقتل العمد يجب قتله للنص ولأنه ضم إلى جناية القتل الجزائية أى إخافة السبيل وهى تقتضى زيادة العقوبة والزيادة هنا القتل والقتل محتم إذا قتل لأخذ المال ولو لم يأخذ نصاباً أما إذا أخذ نصاباً فالقتل والصلب [3]

وبعض الشافعية يشترط فى القتل أن يكون مما يوجب القود فلا يكفى أن يكون القتل عمداً وإنما يجب أن يكون قتلا يجب فيه القصاص فإن لم يكن قتلا عمداً فلا يجب الحد وإن كان قتلا عمداً لا يجب فيه القصاص فكذلك [4].

ومذهب أحمد على أن تعمد الجانى الفعل بصرف النظر عن الأداة التى استعملت فى القتل فيستوى عنده أن يكون القتل عمداً أو شبه عمد [5]

(١) المدونة ١٦ ص ٤ ١ – أسنى المطالب ح ٤ ص ١٥٦ – وراجع ما كتب عن التعزير
(٢) بدائع الصنائع ص ٩٦ ، ٩٢ – حاشية ابن عابدين ص ٢٩٥ ، ٢٩٢ – شرح الأزهار ح ٤ ص ٣٧٧ – المدونة ح ١٦ ص ٩٩ – مواهب الجليل ح ٦ ص ٣١٥
(٣) أسنى المطالب وحاشية الشهاب ح ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦
(٤) نهاية المحتاج ح ٨ ص ٤ ، ٥
(٥) المغنى ح ١٠ ص ٣٠٩ – كشاف القناع ح ٤ ص ٨٩ .

والظاهر من أقوال الظاهريين أنهم يشترطون القتل العمد كالشافعيين (١)

٦٤٨ - حكم الجراح التي يحدثها المحارب : يرى الظاهريون أن إحداث الجراح بقصد إخافة السبيل حرابة وعلى هذا فإذا حدثت جراح ولم يكن أخذ مال ولا قتل فالعمل حد والإمام مخير في العقوبة والقاعدة عندهم أنه إذا اجتمع حقان أحدهما لله والثاني للعبد كان حق الله تعالى أولى بالقضاء لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « اقضوا الله فهو أحق بالوفاء دين الله أحق أن يقضى » وقوله « كتاب الله أحق وشرط الله أوثق » وعلى هذا فإن قتله الإمام أو صلبه للمحاربة كان للولي أن يأخذ أرش جرحه لأن حقه في القود قد سقط فبقى حقه في الدية أو العفو عنها وأن رأى الإمام قطع المحارب كان للمجني عليه أن يقتص أو يعفو والخلاصة أنه كلما أمكن للمجني عليه أن يستوفي حقه بعد استيفاء حق الله استوفاه وكلما سقط كانت له الدية (٢) ويرى مالك وأبو حنيفة والشيعة الزيدية أنه كلما وجب على المحارب حد دخلت الجراحة في الحد فإذا لم يكن حد أو كان حد وسقط فحكم الجراحة هو حكمها في حال عدم وجود الحد (٣) .

ويرى الشافعي وأحمد أن الجراح لا تدخل في الحد فيقتص في الجراح إذا كانت مما يقتص فيه وإذا لم تكن قصاص ففيها الدية ويرى الشافعي أن القصاص غير محتم أي ليس حداً وإنما هو على أصله لأن الانحتام خاص بالقتل والقطع والصلب فإذا سرى الجرح فمات فأصبح القتل عمداً انحتم القتل (٤)

أما أحمد ففي مذهبه رأيان رأي يرى عدم انحتام القصاص كمذهب الشافعي لأن الشرع لم يرد بشرع الحد في الجراح والرأي الثاني على انحتام القصاص وحجة أصحابه أن الجراح تابعة للقتل فتأخذ مثل حكمه ويسلم أصحاب هذا الرأي بأن الجراح التي لا قصاص فيها كالجائفة لا يجب فيها إلا الدية (٥)

(١) المحلى جـ ١١ ص ٣١١ ، ٣١٢ (٢) المحلى ١١ ص ٣١٢ ، ٣١٣

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٧ — شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٧ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١١ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٨٦

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٦ (٥) المغني عاشر ص ٣١

٦٤٩ — الحد والضمان : علمنا مما سبق فى السرقة أن الشافعى وأحمد يريان الجمع بين الحد والضمان وهذا هو رأيهما فى جريمة الحرابة فالحد لا يمنع من الضمان أما عند مالك وأبى حنيفة والشيعة الزيدية فالقاعدة عندهم أن الحد لا يجمع مع الضمان وقد تكلمنا عن هذا فى السرقة فيراجع

ويطلق أبو حنيفة أن الحد فى الحرابة ينفى وجوب ضمان الجراحات لأن الجراحات الخطأ فيها الدية ولأن الجراحات يسلك بها فى مذهبه مسلك الأموال فالضمان فى الجراحات بنوعيها مال ولا يجب ضمان المال مع الحد ومذهب مالك والشيعة الزيدية لا يجمع بين الحد وضمان الجراحات لأنهم يدخلون الجراح فى الحد ويعتبرون الحد عقوبة عنها[1] .

٦٥٠ — التداخل يجرى التداخل فى جريمة الحرابة فلو ارتكب أكثر من حرابة عوقب عنها جميعاً مرة واحدة إذا كان الفعل الذى أتاه واحداً فإن كان الفعل مختلفا كفى أن يعاقب بعقوبة الفعل الأشد عقوبة هذا مع ملاحظة رأى أبى حنيفة فى حالة أخذ المال والقتل فإنه إن أخذ مرة المال وقتل فى الثانية دون أخذ المال جاز قطعه ثم قتله وهذا على رأى القائلين بأن لفظ « أو » ورد للبيان والتفصيل أما على رأى القائلين بأن « أو » للتخيير عند مالك تتداخل على الوجه السابق أيضاً لأنه يخصص لأخذ المال والقتل عقوبات خاصة فتتداخل الأفعال من نوع واحد ويكفى فيها عقوبة واحدة وإذا اختلفت كانت العقوبة الأشد هى الواجبة وفيها الكفاية

أما عند الظاهريين فللإمام الخيار ولذلك فالتداخل مطلق وتكفى أية عقوبة بغض النظر عما إذا كانت أخف العقوبات أو أشدها

٦٥١ — مسقطات الحد ١ ـ يسقط حد الحرابة بما يسقط به حد السرقة وقد ذكرنا أسباب سقوط حد السرقة وبينا ما فيها من اتفاق واختلاف [فتراجع

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٥ ـ تبصرة الحكام ص ٣٦١ ، ٣٦٢ ج ٢ طبعة بولاق

مع ملاحظة أن بعض هذه الأسباب خاص بأخذ المال ولا أثر له في حالة القتل أو إخافة السبيل] .

٢ — التوبة ومن المتفق عليه أن توبة المحارب قبل القدرة عليه تسقط ما وجب عليه من حد بجراحته والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿ إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ فإذا تاب المحارب سقط عنه ما وجب عليه من القتل والصلب والقطع والنفي ولكن التوبة لا تسقط ما يتعلق بحقوق العباد فيبقى مسؤولا فإن كان أخذ المال فقط فعليه رده وإن كان قتل أحداً أو جرحه فعليه القصاص إن كان ذلك مما يجب فيه القصاص وإلا فعليه الدية ، وليس للتوبة مظهر خاص أو إجراءات شكلية وإنما يدل عليها رد المال لصاحبه إن كان هناك مال عند القدرة على رده ويكفي في التوبة الندم والعزم على ترك مثل ما حدث .

ويشترط في التوبة أن تكون قبل القدرة على المحارب فإن تاب بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شيء لا من الحقوق المتعلقة بالله ولا من الحقوق المتعلقة بالأفراد لقوله تعالى ﴿ إِلا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ ﴾ فأوجب الحد على كل محارب ثم استثنى من ذلك التائبين قبل القدرة فمن عداهم يبقى على حكم العموم وعلة قبول التوبة قبل القدرة أن التوبة قبل القدرة تكون غالباً توبة إخلاص أما بعد القدرة فهي غالباً توبة تقيه من إقامة الحد عليه ولأن في قبول التوبة قبل القدرة ترغيباً للمحارب في التوبة والرجوع عن المحاربة والإفساد فناسب ذلك إسقاط الحد عنه ، أما بعد القدرة فلا حاجة لترغيبه لأنه قد عجز عن الفساد والمحاربة[١]

والمراد بما قبل القدرة أن لا تمتد إلى المحارب يد الإمام فإن تاب بعد أن امتدت إليه يد الإمام لم تعتبر التوبة قبل القدرة ولو كان هاربا أو مستخفيا أو ممتنعاً[٢]

(١) المغني ١٠ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦ – بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٦ – شرح الأزهار ص ٣٧٨

(٢) أسنى المطالب وحاشية الرملي ج ٤ ص ١٥٥

ويعتبر المحارب تائباً إذا أتى الإمام طائعاً قبل القدرة عليه ملقياً سلاحه وإن لم يدل على توبته مظهر آخر ويعتبر كذلك إذا ترك ما هو عليه من الحرابة وإن لم يأت الإمام[1] وإذا أمن المحارب ليسلم نفسه فلا أمان له ولا يعتبر بتسليم نفسه تائباً قبل القدرة عليه لأنه كان مطلوباً[2] .

وإذا فعل المحارب ما يوجب حداً لا يختص بالحرابة كالزنا والقذف وشرب الخمر والسرقة فإنها لاتسقط عنه التوبة عند مالك والظاهريين ويسقط منها السرقة دون غيرها عند أبى حنيفة لما سنبينه بعد . أما عند الشافعى وأحمد فى مذهبهما رأيان أولهما أنها جميعا تسقط بالتوبة لأنها حدود الله تعالى فتسقط بالتوبة كحد الحرابة إلا حد القذف فإنه لا يسقط لأنه حق آدمى ولأن فى إسقاطها ترغيباً فى التوبة وهذا الرأى هو الراجح فى مذهب أحمد والمرجوح فى مذهب الشافعى والثانى أنها لاتسقط لأنها لاتختص بالحرابة فكانت فى حق المحارب كحق غيره وهذا هو الراجح فى مذهب الشافعى أما إن أتى حداً قبل الحرابة ثم حارب وتاب قبل القدرة عليه لم يسقط الحد الأول لأن التوبة إنما يسقط بها الذنب الذى تاب منه دون غيره .

ويرى فقهاء الشيعة الزيدية أن توبة المحارب تسقط كل ما عليه من حدود غير حد الحرابة ولكنهم يختلفون فى سقوط حقوق الآدميين فيرى بعضهم أن التوبة تسقط أيضاً حقوق الآدميين التى أتلفها المحارب أو التائب حالا حكماً ويرى البعض أن أثر التوبة لا تمتد لحقوق الأفراد وأنها لا تسقط إلا حق الله المحض فلا تمتد لمثل القصاص والقذف والمال .

التوبة ممن عليه حد غير المحارب : هناك اختلاف فى أثر توبة من عليه حد من غير المحاربين فيرى مالك والظاهريون ورأيهما هو الرأى الراجح فى مذهب الشافعى والرأى المرجوح فى مذهب أحمد أن التوبة لا أثر لها على الحد لقول الله

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٢ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٦
(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٢ .

تعالى { والزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة } وهذا عام فى التائبين وغيرهم وقال تعالى { والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما } ولأن النبى رجم ماعزاً والغامدية وقطع الذى جاءه مقراً بالسرقة وقد جاءوا جميعاً تائبين يطلبون تطهيرهم بإقامة الحد وقد سمى الرسول صلى الله عليه وسلم فعلهم توبة فقال فى حق الغامدية « لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم » وجاء عمرو ابن سمرة إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله إنى سرقت جملا لبنى فلان فطهرنى فأقام الرسول عليه الحد ولأن الحد كفارة عن الذنب فلا يسقط بالتوبة ولأن التائب مقدور عليه فلم يسقط عنه بالتوبة كالمحارب المقدور عليه

ويرى أبو حنيفة أن السرقة الصغرى وحدها هى التى يسقط حدها بالتوبة إذا تاب السارق قبل أن يظفر به ورد المال إلى صاحبه فيسقط عنه القطع بخلاف سائر الحدود فإنها لا تسقط بالتوبة والفرق أن الخصومة شرط فى السرقة الصغرى والكبرى لأن محل الجناية خالص حق العباد والخصومة تنتهى بالتوبة والتوبة تمامها رد المال إلى صاحبه فإذا وصل المال إلى صاحبه لم يبق له حق الخصومة مع السارق .

أما الرأى الراجح فى مذهب أحمد والمرجوح فى مذهب الشافعى وهو مذهب الشيعة الزيدية فيرى أن كل حد يسقط بالتوبة لقول الله تعالى { واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما }

ولأنه ذكر حد السارق ثم قال { فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه } ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » ومن لا ذنب له لا حد عليه ولأنه قال فى ماعز لما أخبر بهربه « هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه » ولأن الحدود خالص حق الله فتسقط بالتوبة كحد المحارب

والقائلون بأن التوبة تسقط الحدود مختلفون فيما إذا كان الحد يسقط بمجرد التوبة أو يسقط بها مع إصلاح العمل ففريق يسقط الحد بمجرد التوبة وهو ظاهر مذهب أحمد وفريق يعتبر إصلاح العمل لقوله تعالى { فإن تابا وأصلحا

فأعرضوا عنهما) وقوله (فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه) فعلى هذا يعتبر مضى مدة يعلم بها صدق التوبة وصلاح النية ؛ والبعض لا يقدر مدة معلومة ، والبعض يقدر المدة بسنة[1] وهناك نظرية ثالثة لابن تيمية وابن القيم ذكرناها[2] .

٦٥٢ — حق الله وحق الفرد في عقوبة القتل : الأصل في جريمة القتل العادى أنها تمس الأفراد أكثر مما تمس الجماعة ولذلك يعبر عنها الفقهاء بأنها متعلقة بحقوق الأفراد ولكن الشارع جعل القتل في الحرابة مما يمس حقوق الجماعة حيث جعل العقوبة لازمة ولم يجعل لعفو المجنى عليه أثراً عليها وقد نظر الفقهاء إلى أن القتل في الحرابة يجتمع فيه حق الله وحق العبد فكان هذا مما دعا البعض إلى القول بتغليب حق الله ودعا البعض إلى القول بتغليب حق الفرد والقائلون بتغليب حق الفرد هم بعض الشافعية ورأيهم الراجح في المذهب وبعض الحنابلة ورأيهم المرجوح في المذهب أما بقية المذاهب فتغلب حق الله على حق الأفراد ولكن للمذهب الظاهرى له حكم خاص سنذكره فيما بعد[3] .

ويترتب على تغليب حق الله أنه لا يعتبر التكافؤ في القتل عند القائلين بالتكافؤ فيؤخذ الحر بالعبد والمسلم بالذمى والأب بالابن لأن القتل حد لله فلا تعتبر فيه المكافأة كما هو الحال في الزنا والسرقة ولا تراعى المماثلة في القتل فيقتل بالسيف أيا كانت الآلة التى استعملها

ويترتب على تغليب حق العبد اعتبار التكافؤ في القتل فلا يقتل المحارب إذا كان حراً بعبد أو نحوه ممن لا يكافئه كابنه وذمى والمحارب مسلم وإن قتل بمثقل أو غيره روعيت المماثلة في قتله فأن يقتل بمثل ما قتل به وإذا قتل ومات

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣١٤ وما بعدها ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٩١ ـ بدائع الصنائع ج٧ ص ٩٦ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٢ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦ ـ نهاية المحتاج ج ٨ ص ٦ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٨ ـ المحلى ج ١١ ص ١٢٦ ، ١٣١ .

(٢) التشريع الجنائى جـ ١ ص ٣٥٥

(٣) يراجع القتل في مذهب الظاهريين .

قبل قتله قصاصاً فالدية تجب في ماله ، وإذا عفا الولي عن مال لزم القاتل المال وقتل حداً .

ويحتج القائلون بتغليب حق الله أن القاعدة تغليب حق الله إذا اجتمع مع حق العبد في حد لأن العقوبات في الحدود خالصة أصلا لله وأن الحد لا يجوز فيه العفو . وإذا كان ولي الدم ليس له العفو فمعنى ذلك أن حق الله غالب ، ويحتج القائلون بتغليب حق العبد بأنه الأصل فيما اجتمع فيه حق الله وآدمي ولأن الآدمي لو قتل في غير محاربة فلهحق القصاص فكيف يسقط حقه بقتلهفي المحاربة ويقولون إن أثر الحد هو من ناحية انحتام القتل وعدم جواز العفو عنه ولكن ذلك لا يسقط بحال حق العبد في النواحي الأخرى خصوصاً وأن الرسول يقول « لا يقتل مسلم بكافر »[1]

٦٥٣ – عدم وجوب الحد المانع لايجب حد الحرابة إلا إذا استوفيت كل شروط الحد فإذا امتنع أحد هذه الشروط امتنع وجوب الحد كشرط النصاب عند من يشترطون النصاب فإذا لم تتوفر هذا النصاب عندهم ولم يكن هناك قتل فلا يجب حد القطع وكشرط البلوغ فإذا حدثت الحرابة من صبي لم يجب عليه الحد أو أخذ للمال وحده أو قتل أو فعل غير ذلك وكشرط العقل في المحارب فإذا كان المحارب مجنوناً لم يجب عليه الحد وكشرط العمد في حالة القتل عند من يشترطون أن يتعمد المحارب القتل فإن الحد لا يجب عندهم إذا قتل ولم يأخذ مالا ، فإذا أخذ مالا وقتل غير متعمد القتل وجب عليه حد القطع إذا بلغ المال نصاباً وهكذا كلما امتنع شرط من شروط الحد لم يجب الحد ، وقد تعرضنا لهذه الشروط المختلف عليها والمتفق عليها فيما سبق على أن عدم وجوب الحد على من أخذ مالا دون النصاب لا يمنع من تعزيره وضمانه لما أخذ وعدم وجوب الحد على الصبي والمجنون لا يمنع من تأديب الصبي والمجنون عما يتفق مع حالتهما كضرب الصبي وحجر المجنون في مكانه لمنع أذاه عن الناس

(١) المغني جـ ١٠ ص ٧ ، ٣ أسنى المطالب جـ٤ ص ١٥٦ المدونة جـ ١٦ ص ٩٩، ١٠٠

ومن قتل غير متعمد وهو يريد أخذ المال ولكنه لم يأخذ مالا يعزر ويلزم الدية وهكذا . والقاعدة فى الشريعة أن كل ما يعتبر معصية إذا أتاه الإنسان عزر ولو أراد الفاعل فعلا ما ، لم يتمه ما دام ما فعله يعتبر فى ذاته معصية لاحد فيها ، فإذا كان ما فعله سواء أتمه أم لم يتمه ، فيه الحد عوقب بعقوبة الحد إذا توفرت شروطها فإذا لم تتوفر شروطها فالعقوبة التعزير كما لو كون الفعل معصية

٦٥٤ — حكم سقوط الحد بعد وجوبه : إذا سقط الحد بعد وجوبه كان الحكم بالنسبة للمال والقتل والجراح على الوجه الآتى

إذا كان سبب سقوط الحد هو تكذيب الحجة عند القائلين بالسقوط بتكذيب المجنى عليه لشهود الإثبات أو تكذيبه للإقرار الصادر من الجانى فلا شىء على الجانى جنائياً أو مدنياً لأن الفعل لا يثبت فى حق الجانى إلا بالحجة وقد بطلت أصلا[1] .

أما إذا كان سبب سقوط الحد الرجوع عن الإقرار فعند من يقولون بسقوط الحد برجوع الجانى عن الإقرار لا يسقط إلا الحد ولكن الجانى يظل مسئولا جنائياً عما يتعلق بحق الأفراد كالقصاص ، كما تبقى مسؤوليته المدنية كاملة لأن إقرار المقر حجة كاملة فى حقه إلا أنه تعذر اعتباره بالنسبة لعقوبته لأن الحدود تدرأ بالشبهات[1]

أما إذا كان سبب سقوط الحد هو التوبة قبل القدرة فإن كان المحاربون أخذوا المال لا غير ردوه على صاحبه إن كان قائماً وعليهم ضمانه إن كان هالكا أو مستهلكا وإن كانوا قتلوا لا غير اقتص ممن يجب عليه القصاص ومن لا قصاص عليه ألزم الدية وإن اجتمع القتل والمال اجتمع الحكمان السابقان لأن المكافأة لا تهمل إلا فى حالة إقامة الحد أما من يلزمه القصاص من المحاربين فهو من عليه القصاص فى القتل العادى وقد علمنا مدى اختلاف الفقهاء فى اعتبار المباشر والمتسبب والمعين والقاعدة العامة أنه كلما امتنع الحد أو سقط عن القطاع رجع

(١) يراجع ما قيل عن سقوط الحد فى السرقة

بهم فيما عليهم من جرائم إلى حكم غير القطاع وإلى حكم جرائمهم الخاص وتراعى في حالة القصاص والمكافأة عند جمع القاتلين بها في حالة التوبة والرجوع عن الإقرار . وإذا كانوا أخذوا المال وجرحوا فحكم المال ما سبق وحكم الجراحات القصاص فيما يستطاع فيه القصاص والدية فيما فيه الدية كما لو كانت الجراحات حدثت من غير قطع الطريق[1] ويلاحظ أن بعض الشيعة الزيدية يرون أنه يسقط من حقوق الأفراد ما أتلفه المحارب حالا حكما كالمال استهلكه أو هلك في يده لا كالمال تصرفه فيه عقابل .

٦٥٥ — هل مسؤولية القطاع الجنائية تضامنية ؟ القاعدة العامة في الحدود أن الحد لا يجب إلا على مباشرة فقط فيرى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن يحد الردء والمعين والطليعة كما يحد مباشر الجريمة والردء هو الذي يلجأ إليه المحارب إذا هرب أو هزم . والطليعة هي التي تتطلع الطريق وتأتي بالأخبار والمعين هو من يحضر وقت الجريمة ولو أنه لم يباشر العمل بنفسه وحجتهم أن المحاربة مبنية على حصول المنعة والمعاضدة والمناصرة فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة هؤلاء جميعاً ومعاونتهم بخلاف سائر الحدود فعلى هذا إذا قتل واحد منهم ثبت حكم القتل في حق جميعهم ووجب قتلهم جميعاً حداً لا تعزيراً وإن أخذ بعضهم المال دون بعض ثبت الأخذ في حقهم جميعاً ووجب على جميعهم القطع ، وإن قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال قتلوا جميعاً وصلبوا كما لو فعل كل منهم الأمرين معاً فالمحاربون جميعاً المباشرون والمتسببون مسؤولون جنائياً عن الفعل الذي باشره غيره ويذهب المالكيون في اعتبار التسبب إلى حد بعيد بحيث يعتبرون متسبباً في الجريمة من تقوى المحاربون بجاهه[1] ولو لم يأمر بقتل أو يتسبب فيه بعمل ما دام جاهه قد أعان على الحادث حكما

وإذا كان في المحاربين صبي أو مجنون أو من لا حد عليه فيرى أبو حنيفة

(١) المغني جـ ١٠ ص ٣١٨ وما بعدها ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩١ ـ شرح الزرقاني جـ ٨ ص ١١٠ .

ومحمد أن لاحد عليهما لأنهما ليسا من أهل الحد ولا حد على غيرهما ممن باشر الجريمة أو أعان عليها أو تسبب فيها ويرى أبو يوسف هذا الرأى إذا كان الصبى أو المجنون هو الذى باشر الجريمة وحده فإن كان المباشر غيرهما فالحد على العقلاء البالغين دون غيرهم (١) وحجة أبى حنيفة أن مسؤولية الجمع واحدة فالشبهة فى فعل أحدهم شبهة فى حق الجميع وحجة أبى يوسف أنه إذا كان المباشر هو الصبى أو المجنون فهو الأصل والباقون تبع فإذا سقط الحد عن الأصل سقط عن التابع ويرى أحمد رأى أبى يوسف فعنده أنه لاحد على الصبى والمجنون وإن باشرا القتل وأخذ المال لأنهما ليسا من أهل الحدود وعليهما ضمان ما أخذا من المال فى أموالهما ودية قتلهما على عاقلهما ولا شىء على الردء لهما لأنه إذا لم يثبت الحد على المباشر لم يثبت لمن هو تبع له بطريق الأولى أما إذا كان المباشر غيرهما لم يلزمهما شىء لأنهما لم يثبت فى حقهما حكم المحاربة وثبوت الحكم فى حق الردء يثبت بالمحاربة (٢).

ولا يحد مالك الصبى والمجنون ولكنه يرى الحد على غيرهما فى كل حال سواء باشر الصبى والمجنون أم لم يباشرا .

وإذا كان فى المحاربين امرأة فيرى أبو حنيفة أن لاحد عليها ولو باشرت الفعل ولا حد على من معها سواء اشتركوا معها أم لم يشتركوا ولكن أبا يوسف يرى أن المرأة إذا باشرت الفعل وحدها حد من معها من الرجال والرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة أن الرجال والنساء سواء فى الحد (٣) .

ويرى مالك وأحمد أن المرأة يلزمها حكم المحاربة كالرجل فإذا باشرت الفعل ثبت حكم المحاربة فى حق من معها لأنهم ردء لها وأعوان وإن فعل ذلك غيرها ثبت ذلك فى حقها لأنها ردء وعون له (٤) .

أما الشافعى فلا يرى المسؤولية التضامنية فى الحرابة وإن كان يعتبر الردء

(١) بدائع الصنائع ص ٩١
(٢) المغنى جـ ١٠ ص ٣١٨ ، ٣١٩
(٣) بدائع الصنائع ص ٩١
(٤) المغنى جـ ١٠ ص ٣١٩

والطليعة والمعين والمتسبب مسؤولين جنائياً ولكنه يحمل مسؤوليتهم تعزيرية باعتبارهم مرتكبين لمعصية أما الذى يعاقب بالحد فهو للمباشر دون غيره فمن أخذ نصاباً من المال قطع دون غيره ومن قتل كان مسؤولا عن القتل دون غيره ولو كان الغير قد أخذ نصاباً من المال [1] .

٦٥٦ — هل مسؤولية القطاع المدنية تضامنية ؟

يرى مالك أن المحاربين مسؤولون مسئولية تضامنية عن الأموال التى يأخذونها فمن يظفر به منهم يغرم ما لزمهم جميعاً من أموال الناس سواء أخذ هذا المحارب شيئاً مما انتهب أم لم يأخذ وسواء جاء تائباً أو قدر عليه غير تائب وإنما يغرم عن عداه حيث لزم من عداه الغرم لأنه غرم بطريق الضمان إذ كل واحد منهم تقوى بأصحابه وتلك هى القاعدة فى المحاربين والبغاة والغصاب وفى مذهب مالك [2] وهذا هو الحكم فى السرقة العادية إذا كان السارق قد تعاون مع غيره فى إخراج السرقة ، فكل من لزمه القطع فى السرقة كان مسؤولا بالتضامن عما أخذه غيره ممن وجب عليهم القطع [3] على أن فى مذهب مالك من يرى أن لا يضمن كل من المحاربين إلا ما أخذه ، وهو رأى غير معمول به [4] هذه هى القاعدة فى مذهب مالك وقيدها قاعدة أخرى هى عدم اجتماع الحد والضمان وقد سبق أن ذكرناها فى السرقة فتراجع

ويذهب أحمد إلى أن الضمان ليس بحد إلا على المباشر دون الردء والمعين لأن وجوب الضمان ليس بحد فلا يتعلق بغير المباشر له كالغصب والنهب ، وإذا تاب المحاربون قبل القدرة عليهم وتعلقت بهم حقوق الآدميين من القصاص والضمان فالمختص بذلك المباشر دون الردء ولو وجب الضمان فى السرقة لتعلق بالمباشر دون غيره [5] .

(١) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٤ — المهذب ج٢
(٢) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١١١ (٣) حاشية القيوانى جـ ٨ ص ١١١
(٤) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٣٦١ . (٥) المغنى جـ ١٠ ص ٣١ .

أما الشافعي فيجعل الضمان على المباشر دون غيره كمبدأ في عدم التضامن في المسؤولية الجنائية.

٦٥٧ — مسؤولية المحارب إذا كان صبياً أو فاقد العقل — المحارب الصبي ليس عليه حد وإنما يعزر بما يناسبه وكذلك المجنون لا يحد وإنما يعزر بما يمنع شره عن الناس كوضعه في مصحة أو ما أشبه، والصبي والمجنون كلاهما مسؤول في ماله الخاص إذا أخذ المال، وإذا قتل فالدية على عاقلته عند مالك وأبي حنيفة وأحمد لأنهم يرون أن عمد المجنون والصبي خطأ لأنه لا يمكن أن يقصد الفعل قصداً صحيحاً وإذا لم يكن قتله مقصوداً فهو ليس عمداً وإنما هو خطأ أما الشافعي فيرى أن عمد الصبي والمجنون عمد لا خطأ وأن الصغير يعفى من الحد والقصاص ولكنه لا يؤثر على تكييف الفعل لأنه يأتيه مريداً له وإن كان لا يدركه إدراكاً صحيحاً [1]

أما السكران بمحرم فهو مسؤول في المذاهب الأربعة جنائياً ومدنياً مسؤولية كاملة [2]

ويرى الظاهريون أن الصبي والمجنون والسكران سكراً أخرجه من عقله لا يؤخذون بحد ولا قود لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق» والسكران لا يعقل ولا على أحد من هؤلاء دية ولا ضمان لا عليه ولا عاقلته لقوله صلى الله عليه وسلم «إن دماءكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام» فأموال الصبي والمجنون والسكران حرام بغير نص كتحريم دمائهم ولا نص في وجوب غرامة عليهم أصلا، وإيجاب الغرامة شرع وإذا كان بغير نص من قرآن أو سنة فهو شرع في الدين لم يأذن به الله ولكن إذا كان الصبيان والمجانين والسكارى لا يؤخذون بحد ولا قود فعليهم التعزير فإذا أتى أحدهم

(١) البحر الرائق ج ١ ص ٩٥٤ — مذهب الشيعة الزيدية

(٢) الشرح الكبير ص ٥٨٢ وما بعدها — كشاف القناع ج ٣ ص ١٤٠ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ وج ٣ ص ٢٨٣

حرزية وجب تعليمه ليكف أذاه حتى يتوب السكران و يفيق المجنون و يبلغ الصبى لقوله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ وتثقيفهم تعاون على البر والتقوى ، وإهمالهم تعاون على الإثم والعدوان [1] .

٦٥٨ — حكم المال المأخوذ حرابة — حكم المال فى الحرابة هو وجوب الرد إن كان قائماً بعينه سواء سقط الحد أو لم يسقط ولصاحبه أن يأخذه أينما وجده ، سواء وجده فى يد المحارب أو يد من تصرف إليه فيه وذلك على التفصيل المبين فى باب السرقة وعلى ماذكرناه من خلاف بين آراء الفقهاء .

* * *

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٤٤ ، ٣٤٧ .

الكتاب السادس

البغي

٦٥٩ — *النصوص الواردة في البغي.* — الأصل في البغي قول الله جل شأنه ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله، فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين﴾ [1]، ﴿إنما المؤمنون إخوة، فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون﴾ [2] وقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول . الخ﴾

وهناك نصوص من السنة وردت في البغي فيروى عبد الله بن عمر عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال «من أعطى إماماً صفقة يده وثمرة فؤاده فليطعه ما استطاع فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر» رواه مسلم، وروى عرفجة — أنه قال « ستكون هنات وهنات ـ ورفع صوته ـ ألا من خرج على أمتي وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائناً من كان » [3].

وفي رواية أخرى « من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم فاقتلوه »

(١) ويستخلص من نص الآية خمس فوائد الأولى أنهم لم يخرجوا بالبغي عن الإيمان فإنه سماهم مؤمنين ـ الثانية أنه أوجب قتالهم ـ الثالثة أنه أسقط قتالهم إذا فاءوا إلى أمر الله ـ الرابعة ـ أنه أسقط عنهم التبعة فيما أتلفوه في قتالهم ـ الخامسة ـ أن الآية أفادت جواز قتال كل من منع حقا عليه ـ المغني جـ ١٠ ص ٤

(٢) الحجرات ٩ ، ١

(٣) المغني جـ ١٠ ص ٤٨

وعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من رأى من أميره شيئاً يكرهه فليصبر ، فإنه من فارق الجماعة شبرا فمات فميتته جاهلية » وفي لفظ «من كره من أمره شيئاً فليصبر عليه فإنه ليس أحد من الناس خرج من السلطان شبرا فمات عليه ، إلا مات ميتة جاهلية » وعن أبي هريرة أن الرسول قال « كانت بنو إسرائيل تسوسهم الأنبياء ، كلما هلك نبي خلفه نبي وأنه لا نبي بعدي وسيكون خلفاء فيكثرون » قالوا فما تأمرنا ؟ ؟ قال . « فوا ببيعة الأول فالأول ثم أعطوهم حقهم فإن الله سائلهم عما استرعاهم »

وعن عوف بن مالك الأشجعي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « خيار أئمتكم الذين تحبونهم ويحبونكم وتصلون عليهم ويصلون عليكم ، وشرار أئمتكم الذين تبغضونهم ويبغضونكم وتلعنونهم ويلعنونكم » قال قلنا يارسول الله ألا ننابذهم ؟ عند ذلك قال « لا - ما أقاموا فيكم الصلاة إلا من ولي عليه وال فرآه يأتي شيئاً من معصية الله فليكره ما يأتي من معصية الله ، ولا ينزعن يداً من طاعة » .

وعن حذيفة بن اليمان أن رسول الله قال « يكون بعدي أئمة لا يهتدون بهديي ولا يستنون بسنتي ، وسيقوم فيكم رجال قلوبهم قلوب الشياطين في جثمان إنس قال قلت كيف أصنع يارسول الله إن أدركت ذلك قال . تسمع وتطيع وإن ضرب ظهرك وأخذ مالك فاسمع وأطع »

وعن عبادة بن الصامت قال بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة في منشطنا ومكرهنا وعسرنا ويسرنا وأثرة علينا وأن لا ننازع الأمر أهله إلا أن تروا كفراً بواحاً عندكم فيه من الله برهان .

وعن أبي ذر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «يا أبا ذر كيف بك عند ولاة يستأثرون عليك بهذا الفيء ؟ قال والذي بعثك بالحق أضع سيفي على عاتقي وأضرب حتى ألحقك - قال . أولا أدلك على ما هو خير لك من ذلك ؟ تصبر حتى تلحقني [1]

(١) نيل الاوطار جـ ٧ ص ٨٠ ، ٨١

وعن ابن عمر أن رسول الله قال لعبد الله بن مسعود « هل تدرى يا ابن أم عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الأمة ؟ قال : الله ورسوله أعلم ـ قال : لا يجهز على جريحها ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيئها »[1]

٦٦٠ ـ تعريف البغى : يعرف البغى لغة بأنه طلب الشيء فيقال بغيت كذا إذا طلبته ومن ذلك قوله تعالى حكاية عن موسى ﴿ قال ذلك ما كنا نبغ ﴾[2] ثم اشتهر البغى فى العرف فى طلب ما لا يحل من الجور والظلم ـ وإن كانت اللغة لا تمنع من أن يكون البغى بحق ومن ذلك قوله تعالى ﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ ﴾[3] .

ويختلف الفقهاء فى تعريف البغى اصطلاحاً لاختلاف مذاهبهم فيه فالمالكيون يعرفون البغى بأنه الامتناع عن طاعة من ثبتت إمامته فى غير معصية بمغالبته ولو تأولا ـ ويعرفون البغاة بأنهم فرقة من المسلمين خالفت الإمام الأعظم أو نائبه لمنع حق وجب عليها أو لخلعه[4] .

ويعرف الحنفيون البغاة ويستخرجون منها تعريف البغى بأنه الخروج عن طاعة إمام الحق بغير حق ، والباغى بأنه الخارج عن طاعة إمام الحق بغير حق[5]

ويعرف الشافعيون البغاة بأنهم المسلمون مخالفو الإمام بخروج عليه وترك الانقياد له أو منع حق توجه عليهم بشرط شوكة لهم وتأويل ومطاع فيهم[6] .

أو هم الخارجون عن الطاعة بتأويل فاسد لا يقطع بفساده إن كان لهم شوكة

(١) سبل السلام حـ ٣ ص ٢٠٧ ـ طبعة الحلبى سنة ١٣٤٩ هـ
(٢) الكهف آية ٦٤
(٣) الاعراف آية ٣٣
(٤) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ٦
(٥) حاشية ابن عابدين حـ ٣ ص ٤٢٦ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٨
(٦) نهاية المحتاج حـ ٨ ص ٣٨٢

بكثرة أو قوة وفيهم مطاع [١] فالبغى إذن عند الشافعيين هو خروج جماعة ذات شوكة ورئيس مطاع عن طاعة الإمام بتأويل فاسد .

ويعرف الحنابلة البغاة بأنهم الخارجون عن إمام ولو غير عدل بتأويل سائغ ولهم شوكة ولو لم يكن فيهم مطاع [٢] ، فالبغى عند الحنابلة لا يختلف فى تعريفه كثيراً عند الشافعية .

ويرى الظاهريون أن البغى هو الخروج على إمام حق بتأويل مخطىء فى الدين أو الخروج لطلب الدنيا [٣]

ويعرف الشيعة الزيدية الباغى بأنه من يظهر أنه محق والإمام مبطل وحاربه أو عزم وله فئة أو منعة أو قام بما أمره للامام [٤] ، فالبغى هو الخروج على الإمام الحق من فئة لها منعة

علة اختلاف التعاريف والعلة فى اختلاف تعريف البغى فى المذاهب الفقهية المختلفة هى الاختلاف على الشروط التى يجب توفرها فى البغاة وليست الاختلاف على الأركان الأساسية للبغى ومحاولة الفقهاء فى أكثر من مذهب أن يجمعوا فى التعريف بين أركان البغى وشروطه ورغبتهم أن يكون التعريف جامعاً مانعاً

تعريف مشترك . ـ ونستطيع أن نعرف البغى تعريفاً مشتركا تتفق فيه كل المذاهب إذا اكتفينا بإبراز الأركان الأساسية فى التعريف فنقول . إن البغى هو الخروج على الإمام مغالبة

٦٦١ ـ أركان البغى . ـ وأركان البغى الأساسية كما هو ظاهر من التعريف المشترك ثلاثة . ـ ١ ـ الخروج على الإمام ٢ ـ أن يكون الخروج مغالبة ٣ ـ القصد الجنائى

(١) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١١١
(٢) شرح المنتهى مع كشاف القناع ج ٤ ص ١١٤
(٣) المحلى ج ١١ ص ٩٧ ، ٩٨
(٤) الروض النضير جـ ٤ ص ٣٣١

الركن الأول

الخروج على الإمام

٦٦٢ ـ يشترط لوجود جريمة البغى الخروج على الإمام ، والخروج المقصود هو مخالفة الإمام والعمل لخلعه ، أو الامتناع عما وجب على الخارجين من حقوق . ويستوى أن تكون هذه الحقوق لله أى مقررة لمصلحة الجماعة، أو للأشخاص أى مقررة لمصلحة الأفراد . فيدخل تحتها كل حق تفرضه الشريعة للحاكم على المحكوم ، وكل حق للجماعة على الأفراد ، وكل حق للفرد على الفرد ، فمن امتنع عن أداء الزكاة فقد امتنع عن حق وجب عليه ومن امتنع عن تنفيذ حكم متعلق بحق الله كحد الزنا ، أو متعلق بحق الأفراد كالقصاص فقد امتنع عن حق وجب عليه ومن امتنع عن طاعة الإمام فقد امتنع عن الحق الذى وجب عليه وهكذا

ولكن من المتفق عليه أن الامتناع عن الطاعة فى معصية ليس بغياً وإنما هو واجب على كل مسلم لأن الطاعة لم تفرض إلا فى معروف ولا تجوز فى معصية فإذا أمر الإمام بما يخالف الشريعة فليس لأحد أن يطيعه فيما أمر إذ الطاعة لا تجب إلا فيما تجيزه الشريعة [1]

والخروج قد يكون على الإمام وهو رئيس الدولة الأعلى وقد يكون على من ينوب عنه فمن امتنع عن طاعة الإمام فى معصية فليس باغياً لأن حق الأمر وواجب الطاعة كلاهما مقيد غير مطلق فليس لآمر أن يأمر بما يخالف الشريعة وليس للمأمور أن يطيعه فيما يخالف الشريعة وذلك ظاهر من قوله تعالى ﴿ فإن تنازعتم فى شئ فردوه إلى الله والرسول ﴾ ومن قول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » وقوله « من أمركم من

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٣

الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه » وقوله « لا طاعة فى معصية الله إنما الطاعة فى المعروف » وقد احتاط الفقهاء لهذا فى تعريف البغاة .

والإمام وهو رئيس الدولة الإسلامية الأعلى أو من ينوب عنه من سلطان أو وزير أو حاكم أو غير ذلك من المصطلحات ويعبر بعض الفقهاء عن رئيس الدولة الإسلامية الأعلى بالإمام الذى ليس فوقه إمام ، وعن دونه بالإمام مطلقاً إذا كان مستقلا بجزء من الدولة الإسلامية وبنائب الإمام إذا كان ينوب عن الإمام الأعظم .

والإمامة فرض من فروض الكفاية فى الشريعة الإسلامية كالقضاء ، إذ لابد للأمة من إمام يقيم الدين وينصر السنة وينصف للمظلومين ويستوفى الحقوق ويضعها موضعها . ولا خلاف على هذا بين الفقهاء ويشترط فى الإمام شروط لا محل لذكرها هنا أهمها أن يكون مسلماً ذكراً مكلفاً عـدلاً [1] ولا يعتبر الخروج على الإمام قبل أن تثبت إمامته وتثبت الإمامة بأربعة طرق .

١ ـ باختيار أهل الحل والعقد من العلماء والفقهاء وأرباب الحل والعقد كما حدث فى بيعة أبى بكر على أثر وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم

٢ ـ باختيار الإمام السابق لمن يليه كما حدث فى اختيار أبى بكر لعمر حيث عهد إلى عمر بقوله « بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ما عهد أبو بكر خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم عند آخر عهده من الدنيا وأول عهده بالآخرة فى الحال التى يؤمن فيها الكافر ويتقى فيها الفاجر ، إنى استعملت عليكم عمر بن الخطاب فإن بر وعدل فذلك علمى به ورأيى فيه ، وإن جار وبدل فلا علم لى بالغيب ، والخير أردت ولكل امرىء ما اكتسب وسيعلم الذين ظلموا أى منقلب ينقلبون »

ويصح أن يعهد الإمام لولده كما فعل معاوية وغيره من الخلفاء الأمويين والعباسيين وغيرهم

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٠٨ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٩٤ ، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٥٩ وما بعدها ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٥١٨ .

٣ — يجعل الإمام السابق الأمر شورى فى جماعة معينة يختارون الإمام الجديد من بينهم أو يختاره أهل الحل والعقد كما فعل عمر حيث ترك الأمر شورى فى ستة من الصحابة فاختاروا من بينهم عثمان .

٤ — بالتغلب والقهر حيث يظهر المتغلب على الناس ويقهرهم حتى يدعنوا له ويدعونه إماما فتثبت له الإمامة وتجب طاعته على الرعية ومثل ذلك ماحدث من عبد الملك بن مروان حين خرج على ابن الزبير فقتله واستولى على البلاد وأهلها حتى بايعوه طوعاً وكرهاً ودعوه إماماً وإذا ثبتت الإمامة بإحدى هذه الطرق كان الخروج على الإمام بغياً ، أما إذا لم تكن الإمامة ثابتة بإحدى هذه الطرق فلا يعتبر الخارج باغياً ولا الخروج بغياً[1]

ومع أن العدالة شرط من شروط الإمامة إلا أن الرأى الراجح فى المذاهب الأربعة ومذهب الشيعة الزيدية هو تحريم الخروج على الإمام الفاسق الفاجر ولو كان الخروج للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر . لأن الخروج على الإمام يؤدى عادة إلى ما هو أنكر مما فيه وبهذا يمتنع النهى عن المنكر لأن من شرطه أن لا يؤدى الإنكار إلى ماهو أنكر من ذلك ، إلى الفتن وسفك الدماء وبث الفساد واضطراب البلاد وإضلال العباد وتوهين الأمن وهدم النظام . وإذا كانت القاعدة أن للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجبه كالفسق إلا أنهم يرون أن لا يعزل إذا استلزم العزل فتنة . أما الرأى المرجوح فيرى أصحابه أن للأمة خلع وعزل الإمام بسبب يوجبه وأنه ينعزل بالفسق والظلم وتعطيل الحقوق فإذا وجد من الإمام ما يوجب اختلال أموال المسلمين وانتكاس أمور الدين كان للأمة خلعه كما كان لهم تنصيبه لانتظام شئون الأمة وإعلائها ويرى بعض هذا

(١) كشاف القناع ج ٤ ص ٩٤ ، ٩٥ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٥ ١ وما بعدها — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٨ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦ — حاشية السعانى

الفريق أنه إذا أدى الخلع لفتنة احتمل أدنى الضررين(١)

ويرى الظاهريون أن الخروج على الإمام محرم إلا أن يكون جائراً فإن كان جائراً فقام عليه مثله أو دونه قوتل مع القائم لأنه منكر زائد ظهر، فإن قام عليه أعدل منه وجب أن يقاتل مع القائم. وإذا كانوا جميعاً أهل منكر فلا يقاتل مع أحد منهم إلا أن يكون أحدهم أقل جوراً فيقاتل معه من هو أجور منه(٢)

وعلى هذا الرأي بعض المالكيين، فسحنون يقول بوجوب قتال أهل المعصية إن كان الإمام عدلاً وقتال من قام عليه، فإن كان غير عدل فإن خرج عليه عدل وجب الخروج معه ليظهر دين الله وإلا وسعك الوقوف إلا أن يريد نفسك أو مالك فادفعه عنهما ولا يجوز لك دفعه عن الظالم. ويرى الشيخ عز الدين ابن عبد السلام أن فسق الأئمة قد يتفاوت كأن يكون فسق أحدهم بالقتل وفسق الآخر بانتهاك حرمة الإبضاع وفسق الآخر بالتعرض للأموال فيقوم هذا على التعرض للدماء والإبضاع فإن تعذر قوم المتعرض للابضاع على المتعرض للدماء، فإن قيل أيجوز القتال مع أحد هؤلاء لإقامة ولايته وإدامة نصرته وهو معصية، قلنا نعم وفقا لما بين مفسدتي الفسوقين وفي هذا وقفة وإشكال من جهة كونه إعانة على معصية ولكن دره ما هو أشد من تلك المعصية يجوزه ونحوه خروج فقهاء القيروان مع أبي يزيد الخارجي على الثالث من بني عبيد لكفره وفسق أبي يزيد والكفر أشد(٣) ومجموع رأي سحنون والشيخ عز الدين هو رأي الظاهريين.

وعلى الرغم من أن الرأي الراجح في مذهب مالك هو تحريم الخروج على الإمام الجائر فإن من المتفق عليه في المذهب أنه لا يحل للإمام الجائر أن يقاتل

(١) شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٦ ـ حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٤٢٩ ـ أسنى المطالب جـ ٤ حاشية الشهاب الرملي جـ ٤ ص ١١١ ـ كشاف القناع جـ ٤ ص ٩٥ ـ الاحكام السلطانية للفراء ص ٥١٤ ـ تتمة الروض النضير جـ ٤ ص ٦ ، ٩ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٧ ـ نيل الأوطار ص ٨٤

(٢) المحلى جـ ٩ ص ٣٧٢

(٣) حاشية البناني جـ ٨ ص ٦٠

الخارجين عليه لفسقه وجوره وعليه قبل كل شيء أن يترك فسقه ثم يدعوهم لطاعته فإن لم يجيبوه كان له أن يقاتلهم (١) .

ومن المتفق عليه فى كل المذاهب الشرعية أن قتال الخارجين لا يجوز قبل سؤالهم عن سبب خروجهم فإذا ذكروا مظلمة أو جوراً وكانوا على حق وجب على الإمام أن يرد المظالم ويرفع الجور الذى ذكروا ثم يدعوهم للطاعة وعليهم أن يرجعوا للطاعة فإن لم يرجعوا قاتلهم والأصل فى ذلك قوله تعالى ﴿ وإنْ طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله ﴾

ـ فأمر الله تعالى بالإصلاح ثم بالقتال فلا يجوز أن يقدم القتال على الإصلاح ولا يكون الإصلاح إلا برد المظالم ورفع الجور (٢) .

والخارجون على ثلاثة أنواع عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد :

١ ـ الخارجون بلا تأويل سواء كانوا ذوى منعة أو شوكة أو لا منعة لهم .

٢ ـ الخارجون بتأويل ولكن لا منعة لهم

٣ ـ الخارجون بتأويل وشوكة وهم قسمان :

(ا) الخوارج ومن يذهبون مذهبهم ممن يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(ب) الخارجون بتأويل ولهم منعة وشوكة ممن لا يذهبون مذهب الخوارج ولا يستحلون دماء المسلمين ولا يستبيحون أموالهم ونساءهم (٣)

والتأويل المقصود هو ادعاء سبب للخروج والتدليل عليه ويستوى أن

(١) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ٦

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦ ، ٦١ ـ المحلى ج ١١ ص ٩٩

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٨ ، ٤٩ ـ المغنى ج ١ ص ٤٨ ، ٥٢ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١ ، ١١٣

يكون التأويل صحيحاً أو فاسداً لا يقطع بفساده ويعتبر التأويل فاسداً إذا أولوا الدليل على خلاف ظاهره ولو كانت الأدلة على التأويل ضعيفة كادعاء أهل الشام في عهد علي بأنه يعرف قتلة عثمان ويقدر عليهم ولا يقتص منهم لمواطأته إياهم مع أن هذا الادعاء صادر ممن لا يعتد بقولهم وشهادتهم

وكتأويل بعض مانعي الزكاة في عهد أبي بكر بأنهم لا يدفعون الزكاة إلا لمن كانت صلاته سكناً لهم طبقاً لقوله تعالى ﴿ خُذْ من أموالهم صدقةً تطهرهم وتزكيهم بها وصلِّ عليهم إنَّ صلاتك سكنٌ لهم ﴾ .

وكادعاء الخوارج الذين خرجوا من عسكر علي بعد صفين أنه كفر ومن معه من الصحابة حيث حكم الرجال في أمر الحرب الواقعة بينهم وبين معاوية وقالوا إنه حكم الرجال في دين الله والله تعالى يقول ﴿ إن الحكم إلا لله ﴾ وتلك كبيرة ومرتكب الكبيرة في رأيهم كافر ، فإذا كان التأويل مقطوعاً بفساده فلا يعتبر أن هناك تأويلا ما[1] .

والمنعة أو الشوكة هي الكثرة أو القوة ، كثرة عدد الخارجين أو قوتهم بحيث يمكن معها مقاومة تدعوه إلى احتمال كلفة من بذل مال وإعداد رجال ونصب قتال ونحو ذلك ليردهم إلى الطاعة ويعتبرون في مذهب أحمد النفر اليسير كالواحد والاثنين والعشرة ونحوهم ممن لا منعة لهم ولو كانوا مسلحين يحسنون القتال[2] .

ويشترط الشافعيون لوجود المنعة والشوكة أن يكون في الخارجين مطاع ولو لم يكن إماما عليهم يسمعون له ويطيعون لأن الشوكة لا تتم إلا بوجوده إذ يصدرون عن رأي واحد ويعملون يداً واحدة ولأنه لا شوكة لمن لا مطاع لهم .

فمهما بلغ عدد الخارجين ومهما كانت قوتهم فلا شوكة ما لم يكن فيها مطاع

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٧ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٢، ٣٨٣ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٨ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٢ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦ ـ المغني ج ١ ص ٤٩ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٣ .

وحكم الخارجين بلا تأويل والخارجين بتأويل ولا شوكة لهم عند أبي حنيفة وأحمد هو حكم قطاع الطريق فيعاملون على هذا الأساس، وكتب الحنابلة والأحناف تحمل حكمهم حكم قطاع الطريق دون تفاصيل مما قد يوهم بأنهم يقرون كذلك دون قيد ولا شرط أما حكمهم عند الشافعي فهو حكم غيرهم من أهل العدل ويحاسبون على ما يأتونه من أفعال فإن كونت جريمة الحرابة عوقبوا على الحرابة وإن كونت جرائم أخرى عوقبوا عليها. ويلاحظ أن لا فرق بين الحنفيين والحنابلة وبين الشافعيين في هذه المسألة لأن الأحناف والحنابلة وإن اعتبروهم محاربين إلا أنهم لا يعاقبونهم بعقوبة الحرابة إلا إذا توفرت شروط الحرابة، وإذا سموهم قطاعاً بإطلاق لأن الخارجين إذا لجأوا للقوة على يعملوا إلا أن يخيفوا الطريق ويأخذوا الأموال ويقتلوا من تعرض لهم فتكون جرائمهم بطبيعة الحال وظروف الخروج حرابة فكأنهم نظروا إلى واقع الحال في إعطائهم حكم المحاربين - أما الشافعيون فنظروا إلى الأصل وقالوا إنهم من أهل العدل فإذا ارتكبوا جريمة وتوفرت شروطها أخذوا بها وهكذا لا نجد ثمة فرق بين الفريقين وإن اختلفوا في تعبيراتهم [1]

وإذا كان الرأي الراجح في مذهب أحمد أن المتأول بلا شوكة يعتبر محارباً فإن بعض فقهاء المذهب لا يشترط الشوكة مع التأويل فلا فرق عنده بين الكثير والقليل ما دام الخروج أساسه التأول ويعتبر المتأول بلا شوكة باغياً لا محارباً وحجة القائلين بالشوكة أن ابن ملجم لما جرح علياً قال على للحسن إن برئت رأيت رأيي وإن مت فلا تمثلوا به لم يثبت لفعله حكم البغاة كما أن إثبات حكم البغاة للعدد اليسير يشجع على الخروج ويؤدي إلى إتلاف أموال الناس لأن البغاة يسقط عنهم ضمان ما أتلفوه [2] وحجة الذين لا يشترطون الشوكة أن الخروج أساسه التأول

(١) شرح فتح القدير ص ٤٨ و ٤٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٤٨ - كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦

(٢) المغني ج ١ ص ٤٩

لا الشوكة وعقيدة الخارج لا عدد من يشاركونه تلك العقيدة فلا معنى لاشتراط الشوكة.

أما الخارجون بتأويل وشوكة فهم البغاة عند أبي حنيفة والشافعي سواء رأوا رأي الخوارج أو لم يروه ، ولا تعتبر الخوارج عندهما كفرة ولا فسقة وإنما بغاة لا غير [1] .

واختلف الحنابلة في الخوارج الذين يكفرون بالذنب ويكفرون عثمان وعلياً وطلحة والزبير وغيرهم من الصحابة ويستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويرون سبي نسائهم ، فالبعض يراهم بغاة لا غير ، وهذا هو رأي أبي حنيفة والشافعي وجمهور الفقهاء ، والبعض يراهم بغاة وفسقة في وقت واحد ، ويرون استتابتهم فإن تابوا وإلا قتلوا على إفسادهم لا على كفرهم ، وهذا هو رأي مالك وسنذكره فيما بعد . على أن أبا حنيفة يعتبر أيضاً الخوارج فسقة باعتقادهم ولكنه يعاملهم معاملة البغاة ولا ينظر إلى الفسق إلا في قبول شهادتهم وقضائهم [2]

ويرى البعض الآخر - ورأيهم الراجح في مذهب أحمد - أن الخوارج مرتدون فحكمهم حكم المرتدين لا حكم البغاة ومن ثم تباح دماؤهم وأموالهم فإن تحيزوا في مكان وكانت لهم منعة وشوكة صاروا أهل حرب كسائر الكفار وإن كانوا في قبضة الإمام استتابهم كاستتابة المرتدين فإن تابوا وإلا قتلوا حداً وكانت أموالهم فيئاً لا يرثهم ورثتهم المسلمون وحجة أصحاب هذا الرأي ما رواه أبو سعيد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « يخرج قوم يحقرون صلاتكم مع صلاتهم ، وصيامكم مع صيامهم ، وأعمالكم مع أعمالهم ، يقرؤون القرآن لا يجاوز حناجرهم ، يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ، ينظر في النصل فلا يرى شيئاً وينظر في القدح فلا يرى شيئاً ، وينظر في الريش فلا يرى شيئاً ويتمارى في الفوق »

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٤٨ ، ٤٩ - بدائع الصنائع جـ ٨ ص ١٤٠ - نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٨٢ ، ٣٨٥ - أسنى المطالب جـ ٤ ص ١١١ ، ١١٣ - المهذب جـ ٢ ص ٢٣٤ ، ٢٣٨

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٤١٦

وفي رواية أخرى «يخرج قوم في آخر الزمان أحداث الأسنان، سفهاء الأحلام يقولون من خير قول البرية - يقرؤون القرآن لا يجاوز تراقيهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية، فإن لقيتهم فاقتلهم فإن قتلهم أجر لمن قتلهم يوم القيامة»

أما القائلون بأنهم بغاة أو بغاة فسقة فيحتجون بأنه لم يقل بتكفيرهم أحد من الفقهاء - وإنما الذي قال به بعض فقهاء الحديث لا كلهم، ويفسرون عبارة «يتمادى في الفوق» بأن الحديث لم يكفرهم لأنهم علقوا من الإسلام بشيء بحيث يشك في خروجهم منه، ويحتجون أيضاً بما روى عن علي، أنه لم يقاتل أهل النهروان إلا بعد أن قتلوا عبد الله بن خباب وأنه لم يبدرهم بقتال، وقال لأصحابه لا تبدروهم بقتال، وبعث إليهم أقيدونا بعبد الله بن خباب، قالوا كلنا قتله فحينئذ استحل قتالهم لإقرارهم على أنفسهم بما يوجب القتل، ولو كانوا كفاراً لبدرهم بالقتال ولما طالب بالقود من قتلة عبد الله بن خباب، كذلك يحتجون بما ذكره ابن عبد البر عن علي، أنه سئل عن أهل النهروان أكفار هم؟ قال من الكفر فروا قيل فمنافقون؟ قال إن المنافقين لا يذكرون الله إلا قليلا قيل فما هم؟ قال هم قوم أصابتهم فتنة فعموا فيها وصموا، وبغوا علينا وقاتلونا فقاتلناهم وأخيراً فإنهم يحتجون بأن ابن ملجم لما جرح علياً قال للحسن أحسنوا إساره فإن عشت فأنا ولي دمي، وإن مت فضربة كضربتي، أي أنه أشار بالقصاص منه ولو كان كافراً لما اقتص منه لأن الكافر مباح الدم بكفره[1]

ويختلف مذهب مالك عن المذاهب الثلاثة فيمن يعتبره باغياً، فالباغي عند مالك هو كل من امتنع عن الطاعة في غير معصية بمغالبة ولو تأويلا، فكل من خرج بمغالبة فهو باغ سواء كان متأولا أو غير متأول، ذا منعة وشوكة أو ليس له شوكة ولا منعة، ويجوز أن يكون الباغي فرداً واحداً ويجوز أن تكون البغي من أكثر من واحد، والخوارج الذين يكفرون بعض الصحابة ومن علي

(١) المغني ج ١٠ ص ٤٨ - ٥٢ كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦

غير رأيهم من المسلمين ويستحلون الدماء والأموال وسبي النساء ، ثم عند مالك بغاة وليسوا كفرة وإنما هم فسقة في رأيه ولهذا يرى إذا ظفر بهم الإمام العدل أن يستتيبهم وغيرهم من أهل الأهواء [1] .

ومذهب الظاهريين على أن البغاة قسمان لا ثالث لهما ، قسم خرجوا على تأويل في الدين فأخطأوا في تأويلهم كالخوارج وما جرى مجراهم من سائر الأهواء المخالفة للحق ، وقسم أرادوا لأنفسهم دنيا فخرجوا على إمام حق أو على من هو في السيرة مثلهم فإن تعدت هذه الطائفة إلى إخافة الطريق أو إلى أخذ مال من لقوا أو سفك الدماء هملا ، انتقل حكمهم إلى حكم المحاربين وهم ما لم يفعلوا ذلك في حكم البغاة والمتأولون قسمان قسم أخطأ في التأويل وله عذر في تأويله كأصحاب معاوية وقسم من المتأولين لا عذر له في تأويله كمن قام برأى الخوارج ليخرج الأمر عن قريش أو ليرد الناس إلى القول بإبطال الرجم أو تكفير أهل الذنوب أو استقراض المسلمين أو قتل الأطفال والنساء وإظهار القول بإبطال القدر أو إلى منع الزكاة ، فهؤلاء وأمثالهم لا عذر لهم بالتأويل الفاسد لأنها جهالة تامة والقائمون لعرض الدنيا أو للعصبية كما فعل يزيد بن معاوية ومروان بن الحكم وعبد الملك بن مروان في القيام على ابن الزبير ، وكما فعل مروان بن محمد في القيام على يزيد بن الوليد ، فهؤلاء لا معذورون لأنهم لا تأويل لهم أصلا وعليهم بغي مجرد [2]

أما من قام يدعو إلى أمر بمعروف أو نهي عن منكر أو إلى إظهار القرآن والسنن والحكم بالعدل فليس باغياً بل الباغي من خالفه فإذا أريد بظلم فمنع نفسه فإنه على حق سواء أراده الإمام أو غيره [3] .

ويرى الظاهريون أن البغاة ليسوا فقط من خرجوا على الإمام وإنما الباغي

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ ـ شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٦٠ ، ٦١ ـ تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٢

(٢) المحلى ج ١١ ص ٩٧ ، ٩٨

(٣) المحلى ج ١١ ص ٩٨

هو من بغى على أخيه المسلم ـ فيجوز أن يكون الباغي سلطانا ويجوز أن يكون فرداً فإذا كان الباغي هو السلطان كان على المسلمين أن يقاتلوا الباغي حتى يفيء إلى أمر الله وعلى هذا يصح أن يكون الباغي فرداً و يصح أن يكون جماعة[1] .

وخلاصة رأى الظاهريين أن كل من خرج مغالبة على الإمام بتأويل أو غير تأويل فهو باغ سواء كان فرداً أو جماعة مالم يكن خروجه بحق فإنه ليس باغيا

والباغي عند الشيعة الزيدية هو من يظهر أنه محق والإمام مبطل وحاربه أو عزم على المحاربة وله فئة أو منعة ـ أو قام بما أمره للإمام[2] .

فالبغي لا يكون إلا من جماعة يكون لهم منعة وعدد وتأويل وهذا يتفق مع مذهب أبي حنيفة والشافعي وأحمد إلى حد كبير كما يتفق مذهب الظاهريين مع مذهب مالك ولا يعتبر الخارج بحق باغيا عند بعض المالكيين وأبي حنيفة والظاهريين[3] ، وعلى مثل هذا الرأي الشيعة الزيدية[4] .

أما عند الشافعي وأحمد وبعض المالكيين فيعتبر الخارج باغيا ولو كان خارجا بحق وسواء كان على صواب أو على خطأ لأن الخروج ليس هو الطريق الصحيح الذي يؤدي لإقرار الحق وتصحيح الخطأ ، فإذا لم يكونوا بغاة فيما يطلبون فهم بغاة في اختيار الوسيلة التي يريدون بها الوصول إلى حقهم لأنها تؤدي إلى الفساد وزعزعة أركان الدولة ـ ولأنه من المحرم عليهم الخروج على من تثبت إمامته ، لأن من ثبتت إمامته تجب طاعته ـ على أن في مذهب الشافعي من يرى أن الخروج على الإمام الجائر ليس بغيا إذا كان الخروج لإزالة جور أو ظلم ولكن رأيهم مرجوح في المذهب[5]

ويعتبر الخروج بحق في مذهب أبي حنيفة وعند القائلين من المالكيين إذا

---

(١) المحلى ج ١١ ص ٩٦

(٢) الروض النضير ج ٤ ص ٣٣١

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٧ ـ شرح الزرقاني وحاشية البناني ص ٦٠ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٨ ـ المحلى ج ١١ ص ٩٨ ، ٩٩ حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٤٢٦

(٤) تتمة شرح الروض النضير ص ٨ ، ٩ من المجلد الرابع

(٥) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملي ج ٤ ص ١١١ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦

كان الخارجون قد فعلوا ذلك لظلم ظلمهم به الإمام وعليه أن يترك الظلم وينصفهم ولا ينبغى للناس أن يعينوا الإمام عليهم ، لأن فى ذلك إعانة على الظلم وتعاون على الإثم والعدوان . ويرون فى مذهب مالك أن على الناس أن يعينوا الخارجين على الإمام ، بينما يرى الحنفية أن ليس للناس إعانة الخارجين لأن فيه إعانة على خروجهم على الإمام . أما إذا كان الخروج بدعوى الحق والولاية فقالوا الحق معنا فهم أهل بغى عند أبى حنيفة ، وعلى كل من يقوى على القتال أن ينصر الإمام على هؤلاء الخارجين . أما المالكيين فيرون نصر الخارجين إذا كان الخارج عليه عدلا أو كان أقل فسقاً وجوراً مادام الإمام جائراً فاسقاً[1] .

ويعتبر الخروج حقاً فى مذهب الظاهريين إذا كان لظلم ظلمهم به الإمام أو كان للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فتعرض لهم الإمام أو خرج على الإمام الجائر إمام عدل أو أقل فسقاً وجوراً[2] .

ويفترق مذهب الظاهريين عن المذاهب الأربعة ومذهب الشيعة الزيدية فى اعتبار السلطان باغياً فهذه المذاهب لا تعتبر السلطان باغياً ولو كان جائراً وإنما البغاة هم الخارجون على الإمام وقد رأينا أن بعض الفقهاء يعتبرون الخارجين بغاة سواء كانوا على حق فى خروجهم أو كانوا على غير الحق بينما يرى البعض بغاة إذا كانوا على غير الحق فقط فإن كانوا على حق فليسوا بغاة على أن القائلين بهذا يرون هم ومخالفوهم أن الإمام ليس له أن يقاتل الخارجين قبل أن يسألهم عن سبب خروجهم فإذا ادعوا مظلمة أو شبهة . كان على الإمام أن يرد المظالم ويكشف الشبهات ثم يدعوهم بعد ذلك للطاعة فإن لم يعودوا قاتلهم لأنهم يصبحون بامتناعهم عن العودة للطاعة بغاة ولو كانوا قد خرجوا فى أول الأمر بحق[3]

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٣٧ ــ حاشية الشلبى وشرح الزرقانى ج ٨ ص ٦ ومواهب الجليل ص ٢٧٧

(٢) المحلى جـ ١١ ص ٩٧ ، ٩٨

(٣) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١١٤ ــ كشاف القناع جـ ٤ ص ٩٦ ــ المغنى جـ ١٠ ص ٥٣ ــ حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٤٢٧ ، ٤٢٩ ــ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٩ ٤ ــ شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ٦

الركن الثانى

أن يكون الخروج مغالبة

٦٦٣ — يشترط ليكون الخروج بغياً أن يكون مغالبة أى أن يكون استعمال القوة هو وسيلة الخروج وأن يكون الخروج مصحوباً بالمغالبة أى باستعمال القوة ، فإذا كان الخروج غير مصحوب باستعمال القوة فلا يعتبر بغياً كرفض مبايعة الإمام بعد أن بايعت له الأغلبية ولو نادى الخارجون بعزل الإمام أو بعصيانه وعدم طاعته أو بالامتناع عن أداء ما عليهم من واجبات تقوم الدولة على استيفائها ولكن إذا فعل الخارجون شيئاً محرماً عوقبوا عليه باعتباره جريمة عادية ومثل الامتناع عن البيعة ما وقع من بعض الصحابة فى صدر الإسلام فقد امتنع على عن مبايعة أبى بكر أشهراً ثم بايع ، ورفض سعد ابن عبادة مبايعته ولم يبايعه حتى مات وكامتناع عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير عن المبايعة ليزيد ومن الأمثلة على ذلك ما وقع من الخوارج فى عهد على فإن علياً لم يتعرض لهم حتى استعملوا القوة ، ولم يعتبرهم بغاة إلا بعد استعمالها وكان يخطب يوماً فقال رجل بباب المسجد لا حكم إلا لله وهى عبارة كان الخوارج يتنادونها يعرضون بقبول على التحكيم فقال على كلمة حق أريد بها باطل لكم علينا ثلاث لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ، ولا نمنعكم من الفىء ما دامت أيديكم معنا ، ولا نبدؤكم بقتال وكان يصلى يوماً فناداه رجل من الخوارج لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين يعرض به على اعتبار أنه كفر بقبول التحكيم فأجابه على : فاصبروا إن وعد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون ويدللون على هذا بأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للمنافقين الذين كانوا معه فى المدينة ـ فلأن لا تتعرض لأهل البغى

وهم من المسلمين أولى. وتلك كانت سيرة عمر بن عبد العزيز فى الخوارج ـ كتب إليه عدى بن أرطأة أن الخوارج يسبونك فكتب إليه إن سبونى فسبوهم ، وإن شهروا السلاح فأشهروا عليهم، وإن ضربوا فاضربوا. وكتب عمر بن عبد العزيز إلى الولاة فى شأن الخوارج فقال : إن كان رأى القوم أن يسيحوا فى الأرض من غير فساد على الأئمة ولا على أحد من أهل الذمة ، ولا على قطع سبيل من سبل المسلمين ، فليذهبوا حيث شاءوا ، وإن كان رأيهم القتال فوالله لو أن أبكارى خرجوا رغبة عن جماعة المسلمين لأرقت دماءهم ألتمس بذلك وجه الله.

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً مقالة على بعد أن جرحه ابن ملجم قال على أطعموه واسقوه واحبسوه فإن عشت فأنا ولى دمى أعفو إن شئت ، وإن شئت استقدت وإن مت فاقتلوه ولا تمثلوا به. فقد اعتبر على جريمة ابن ملجم جريمة عادية ولم يعتبره باغياً لأن خروجه لم يكن مغالبة (١)

ويروى الحضرمى فيقول دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كندة ، فإذا نفر خمسة يشتمون علياً وفيهم رجل عليه برنس يقول أعاهد الله لأقتلنه فتعلقت به وتفرقت أصحابه عنه فأتيت به علياً ، فقلت . إنى سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك فقال ادن ويحك من أنت؟ فقال أنا سوار المنقرى فقال على خل عنه فقلت أخلى عنه وقد عاهد الله ليقتلنك !! قال : أفأقتله ولم يقتلنى (٢) ؟

ويعتبر الخروج بغياً عند مالك والشافعى وأحمد والظاهريين حينما يبدأ الخارجون باستعمال القوة فعلا ـ أما قبل استعمالها فلا يعتبر الخروج بغياً ولا يعتبرون بغاة ويعاملون كما يعامل العادلون ولو تحيزوا فى مكان وتجمعوا ولو كانوا يقصدون استعمال القوة فى الوقت المناسب ولكن ليس ثمة مايمنع من

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٨ ـ شرح الزرقانى وحاشيه الشيبانى ص ٦٠ ـ المغنى ج ١٠ ص ٥٨ ، ٦ ـ وكشاف القناع ج ٤ ص ٩٩
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩

منعهم من التخيير وتعزيرهم على التجمع بقصد استعمال القوة وإثارة الفتنة. أما أبو حنيفة فيعتبرهم بغاة، ويعتبر حالة البغي قائمة من وقت تجمعهم بقصد القتال والامتناع من الإمام لأنه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع. ومذهب الشيعة الزيدية يماثل مذهب أبي حنيفة في هذا، والأصل عند الجميع أن البغاة لا يحل قتالهم إلا إذا قاتلوا فمن نظر إلى حقيقة القتال اشترط أن يقع القتال فعلا ومن نظر إلى وجودهم في حالة قتال اكتفى بتجمعهم بقصد القتال والامتناع [1] على أن الرأي الراجح في مذهب أحمد يرى قتل الخوارج لأنهم كفار بتكفيرهم المسلمين واستحلال دمائهم وأموالهم

ولا يبدأ الإمام قتال الخارجين إلا بعد أن يراسلهم ويسألهم عن سبب خروجهم فإن ذكروا مظلمة أزالها أو شبهة كشفها لأن ذلك طريق إلى الصلح ووسيلة إلى الرجوع إلى الحق، وقد عمل على هذا في وقعة الجمل وفعله مع الحرورية ولأن الله جل شأنه يقول ﴿فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي﴾ فيجب أن يتقدم ما قدمه الله وهو الصلح ويتأخر ما أخره وهو القتال ثم يدعوهم بعد ذلك للطاعة فإن استجابوا وإلا قاتلهم إلا أن يعاجلوه بالقتال فله أن يقاتلهم دون أن يسألهم ويرى أحمد أن له هذا أيضا إذا خشي كلبهم فليس من المتعين أن يراسلهم [2]

وقد راسل علي أهل البصرة قبل وقعة الجمل، وأمر أصحابه أن لا يبدأوهم بقتال ثم قال هذا يوم من فلج فيه فلج يوم القيامة ثم سمعهم يقولون الله أكبر يالثارات عثمان فقال اللهم اكب قتلة عثمان على وجوههم كذلك بعث عبدالله ابن عباس للحرورية فواضعوه كتاب الله ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٠ ــ الروض النضير ج ٤ ص ٣٣١ ــ شرح الزرقاني حاشية الشيباني ج ٨ ص ٦٠ ــ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٣

(٢) المغني ج ١٠ ص ٥٣ ــ كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦ ــ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩ ــ أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ ــ المحلى ج ١١ ص ٩٩

وإنما وجبت المراسلة والدعوة للطاعة لأن المقصود من القتال هو كفهم ودفع شرهم لا قتلهم، فإذا أمكن بمجرد القول كان أولى من القتال لما فيه من الضرر بالفريقين فإن سأله الخوارج الأنظار لمدة معينة أنظرهم إن رأى فى ذلك مصلحة، وإن ظن أنهم يريدون المهلة ليكيدوا له لم ينظرهم ثلاثة أيام (١)

ويشترط الزيدية أن تكون الدعوة للطاعة، وإذا أمكن دفع البغاة بدون القتل لم يجز قتلهم لأن المقصود دفعهم وليس إهلاكهم ولأن المقصود إذا حصل عما دون القتل لم يجز القتل من غير حاجة

وإذا حضر مع البغاة من لا يقاتل فيرى الحنابلة أنه لا يجوز قتله، وهذا هو رأى بعض الشافعيين، ويرى الآخرون قتله ما دام فى صف البغاة ولو لم يقاتل لأنه صار ردءاً لهم، والظاهر فى المذاهب الأخرى أن حكم من حضر المعركة وكان فى صفوف البغاة أن له حكمهم إذا أمكن اعتباره فى مركز المقاتل أو المدافع (٢)

وتعتبر حالة البغى قائمة طالما كان الباغى فى مركز المقاتل أو المدافع فمن ألقى سلاحه من البغاة أو كف عن القتال أو استسلم أو عجز عن القتال كالجريح جرحاً يمنعه من القتال أو هرب غير متحيز إلى فئة أو متحرفاً لقتال فلا يجوز قتله لأنه لا يجوز قتاله حيث زالت حالة البغى وهى استعماله القوة وعلى هذا لا يقتل المدبر ولا الأسير ولا يجهز على الجريح سواء كانت حالة الحرب قائمة أو انتهت وهذا هو ما يراه الشافعى وأحمد وفى مذهب أحمد لا يتبع المدبر أصلا ولا يقتل ولو كان متحيزاً إلى فئة (٣)

ومذهب الشافعى، على اتباع المنهزمين إذا انهزموا مجتمعين أو انصحوا

---

(١) شرح الأزهار ص ٥٣٨ – المغنى جـ ١٠ ص ٥٤ – أسنى المطالب جـ ٤ ص ١١٤ المحلى لابن حزم ص ١١٦

(٢) المغنى جـ ١٠ ص ٥٥ – المهذب جـ ٢ ص ٢٣٥ – المحلى جـ ١١ ص ١٠٠

(٣) المغنى جـ ١٠ ص ٥٥، ٥٦، ٦٣ – كشاف القناع ص ٩٨

بنظام وكانوا غير متفرقين ، فإذا انهزموا متفرقين بحيث تزول شوكتهم لم يتبعوا ، وإلا أتبعوا حتى يتبددوا وتزول شوكتهم ، ومن تخلف منهم عجزاً أو ألقى سلاحه تاركا للقتال ، لم يقاتل ، ويقاتل من ولى متحرفاً للقتال أو متحيزاً لفئة قريبة أو بعيدة [1]

فإذا انهزموا وولوا مدبرين ، فإن كانت لهم فئة ينحازون إليها فيبقى لأهل العدل أن يقتلوا مدبرهم ويجهزوا على جريحهم لئلا يتحيزوا إلى الفئة فيمتنعوا بها فيكروا على أهل العدل ، وأما أسيرهم فإن شاء الإمام قتله استئصالا لشأفتهم وإن شاء حبسه لاندفاع شره بالأسر والحبس ، وإن لم يكن لهم فئة يتحيزون إليها لم يتبع مدبرهم ولم يجهز على جريحهم ولم يقتل أسيرهم [2] وبعض أصحاب الشافعي يرون رأى أبى حنيفة [3]

والقاعدة عند مالك أن لا يتبع المنهزم ولا يجهز على الجريح إلا إذا خيف منهم أو انحازوا إلى فئة ، ففى هذه الحالة يتبع المنهزم ويذفف على الجريح أما الأسير فإذا كانت الحرب قائمة فللإمام قتله ولو كانوا جماعة إذا خيف أن يكون منهم ضرر ، فإذا انقطعت الحرب فلا يقتل [4] على أن بعض المالكيين يمنع قتل الأسير وتتبع المدبر والإجهاز على الجريح بصفة مطلقة [5] .

ويرى الظاهريون أنه لا يجوز قتل الأسير بأى حال ولو أن قتله كان مباحاً قبل الأسار لأن حل قتله قبل الاسار ليس مطلقاً ، وإنما الذى أحل قتله هو قتاله أو دفاعه ، فإذا لم يكن باغياً أى مقاتلاً أو مدافعاً حرم قتله لزوال حالة البغى ، وهو إذا أسر فليس حينئذ باغيا ولا مدافعا فدمه محرم وكذلك لو ترك

(١) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١١٤
(٢) بدائع الصنائع ص ١٤١ ، ١٤٠ ـ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٤١١ ، ٤١٢
(٣) المغنى جـ ١٠ ص ١٣
(٤) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٦٢ ـ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٧٨
(٥) مواهب الجليل ص ٢٧٧

القتال وقصد مكانه ولم يدافع لحرم دمه وإن لم يؤسر لأن الله جل شأنه قال : ﴿ فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله ﴾ فمن فاء فلا يقاتل ، وإنما حل قتال الباغي بمقاتلته ولم يحل قتله قط في غير المقاتلة (١) وكذلك الحكم في الجرحى لأن الجريح إذا قدر عليه فهو أسير وأما ما لم يقدر عليه وكان ممتنعاً فهو باغ أما المدبرون فإن كانوا تاركين القتال جملة منصرفين إلى بيوتهم فلا يحل اتباعهم أصلا وإن كانوا منحازين إلى فئة أو لاذين بمعقل يمتنعون فيه أو راحلين عن العاملين لهم من أهل العدل إلى مكان يأمنونهم فيه ثم يعودون إلى حالهم فيتبعون (٢) لأن الله افترض قتالهم حتى يفيئوا لأمر الله ولم يفيئوا بعد ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب أبي حنيفة (٣)

وإذا قتل من البغاة أسير أو جريح أو مدبر عند من لا يجيزون قتله فقاتله مسؤول عن قتله جنائيا ويرى بعضهم القصاص من القاتل لأنه قتل معصوما لا شبهة في قتله ويرى البعض أن لا قصاص لأن في قتلهم اختلافا بين الأئمة فكان ذلك شبهة دارئة للقصاص عند من يقولون بأن الشبهات تدرأ الحدود والظاهريون لا يعترفون بأن الحدود تدرأ بالشبهات ، فتقتضي مذهبهم القصاص في كل الأحوال (٤)

ويحبس الأسرى إلا من دخل منهم في الطاعة فيخلى سبيله ويظلون محبوسين حتى تنتهي الحرب وإذا كان الأسير امرأة أو صبياً أو شيخاً فانياً أخلى سبيلهم ولم يحبسوا في رأي وفي الرأي الآخر يحبسون لأن في ذلك كسراً لقلوب البغاة. والرأيان في مذهب أحمد والشافعي ، أما مالك وأبو حنيفة فيريان الحبس (٥)

---

(١) المحلى جـ ١١ ص ١٠٠ (٢) المحلى جـ ١١ ص ١٠١
(٣) شرح الروض النضير جـ ٤ ص ٣٣٢ ــ شرح الأزهار جـ ٤ ص ٥٣٤
(٤) المغني جـ ١٠ ص ٦٤ ــ المهذب جـ ٢ ص ٢٣٦
(٥) المهذب جـ ٢ ص ٢٣٦ ــ المغني جـ ١٠ ص ٦٤ ــ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٤١٢ ــ شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٦٢

ويجوز تبادل الأسرى وأخذ الرهائن بين الفريقين عند الضرورة ولكن لا يجوز لأهل العدل قتل الأسرى أو الرهائن على سبيل المعاملة بالمثل لو قتل البغاة الرهائن أو الأسرى لأنهم مسلمون غير مقاتلين ولا محاربين مع ملاحظة ما سبق أن قلناه من أن بعض الفقهاء يجيز قتل الأسرى في حالة قيام الحرب ، أما منع قتل الرهائن فلا خلاف فيه لأنهم غير مقاتلين ولأنهم صاروا آمنين بالموادعة[1]

ويرى مالك وأبو حنيفة أنه يجوز قتال البغاة بمـا يعم إتلافه كالتحريق والتغريق ورمى المنجنيق ويقاتلون بكل ما يقاتل به المشركون ، لأن القتال مقصود به دفع شرهم وكسر شوكتهم فيقاتلون بكل ما يؤدى لذلك[2] ويرى بعض المالكيين أن لا يقاتلوا بما يعم إتلافه إذا كان فيهم نساء وذرية ولا يراه البعض الآخر[3].

ومذهب الشافعي وأحمد على أن لا يقاتل البغاة بما يعم إتلافه كالنار والمنجنيق والتغريق من غير ضرورة ، لأنه لا يجوز قتل من يقاتل وما يعم إتلافه يقع على من يقاتل ومن لا يقاتل ، فإن دعت إلى ذلك ضرورة مثل أن يحتاط بهم البغاة ولا يمكنهم التخلص إلا برميهم بما يعم إتلافه جاز ذلك ، أما إذا قاتل البغاة بما يعم إتلافه فيجوز قتالهم بمثله[4]

ويجيز الشيعة الزيدية القتل بما يعم إتلافه بشرطين أولهما أن يتعذر الوصول إلى البغاة إلا بذلك كأن يتحصنوا في حصن أو بيوت مانعة أو في سفينة البحر ثانيهما أن يكون بينهم من لا يجوز قتله كالصبيان والنساء ، فإن لم يجتمع

(١) المحلى ج ١١ ص ١١٧ ، ١١٨ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٥ ـ المغنى ج ١ ص ٦٤ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤١ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦

(٣) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ٦١

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٥ ـ المغنى ج ١ ص ٥٧

هذان الشرطان فلا يجوز استعمال مايعم إتلافه إلا لضرورة ملحة[(1)]

ويجيز الظاهريون القتال بما يعم تلفه بشرط أن لا يؤدى إلى قتل غير البغاة لأن من لم يقاتل لايحل قتله[(2)]

ويكره للعادل قتل أبيه أو أمه إذا كان أحدهما باغياً ولكن القاتل يرث القتيل مع هذا لأنه عمد غير عدوان ، ولا نكره قتل الجد ولا الأخ ولا الابن[(3)] . أما أبو حنيفة فيكره للعادل أن يقتل باغيا ذا رحم محرم منه ابتداء إلا إذا أراد الباغى قتله فله أن يدفعه ، ولا يحرم العادل ميراث الباغى ، أما الباغى إذا قتل العادل فيحرم من ميراثه عند أبى يوسف . وعند أبى حنيفة ومحمد ، لا يحرم إن كان يعتقد أنه قتله بحق ، ولا يزال على هذا الاعتقاد[(4)]

ومذهب الشافعى كمذهب أبى حنيفة فى كراهة القتل ، ولكنه لا يورث العادل ولا الباغى شيئاً من مال المقتول لعموم قوله صلى الله عليه وسلم «ليس لقاتل شيء» وفى مذهب أحمد رأيان أحدهما يكره قتل ذى الرحم المحرم ، والثانى لايرثه لأنه ليس لقاتل شيء ، وأما الباغى إذا قتل العادل فإنه لايرثه لأنه قتله بغير حق[(5)]

وحجة القائلين بالكراهة قوله تعالى ﴿ وإن جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم ، فلاتطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفاً ﴾ ولأن النبى صلى الله عليه وسلم كف أبا حذيفة ومنعه عن قتل أبيه .

ورأى الظاهريين أن قتل ذى الرحم غير مكروه وإن كانوا لايختارون أن يعمد المرء إلى أبيه أو أخيه خاصة مادام يجد غيرهما ، فإن رأى أباه أو أخاه يقصد مسلماً ، كان عليه أن يدفعه عن المسلم[(6)] .

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٤١ ، ٥٤٢
(٢) المحلى ج ١١ ص ١١٦ ، ١١٧
(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤١ ، ١٤٢ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٤ ، ٤١٦
(٥) المغنى ج ١٠ ص ٦٧ ، ٦٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٥
(٦) المحلى ج ١١ ص ١٠٧

ولكن الشيعة لا يجيزون للمسلم أن يقتل ذا رحمه ولو كان كافراً إلا لأحد وجهين أحدهما أن يقتله مدافعة عن نفسه أو غيره الثانى. أن لا يندفع إلا بالقتل، ويرث العادل الباغى إذا قتله[1]

والبغى إذا كان يحل مقاتلة البغاة ويبيح دماءهم طالما كانوا باغين، إلا أنه لا يبيح أموالهم حتى فى حالة البغى، فتظل أموالهم معصومة ولو وقعت فى يد العادلين – ويرى مالك أنه لا يجوز قطع أشجارهم ولا هدم دورهم ولا إتلاف موالهم وإنما للإمام أن يستعين بأموال البغاة التى يمكن استعمالها فى القتال فيقاتلهم بها كالأسلحة والخيل والإبل حتى إذا تغلب عليهم — رد عليهم ما استعان به وغيره[2]

ويرى أبو حنيفة أن أموال البغاة تظل على ملكهم لأن علياً لما هزم طلحة وأصحابه أمر مناديه فنادى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر بعد الهزيمة، ولا يفتح باب، ولا يستحل فرج ولا مال – وبعد موقعة النهروان جمع ما غنم من الخوارج فى الرحبة فمن عرف شيئاً أخذه حتى كان آخره قدر من الحديد لإنسان جاء فأخذه.

ويرى أبو حنيفة ما يراه مالك من جواز استعمال السلاح والكراع إن احتاجه أهل العدل لأن للامام أن يستعين بمال العادل عند حاجة المسلمين إليه ففى مال الباغى أولى أما بقية الأموال فتحبس عن البغاة لدفع شرهم وإضعافهم بذلك ولا ترد إليهم حتى يفيئوا فترد عليهم أو على ورثتهم، ويجوز للامام أن يبيع من الأموال ما يحتاج نفقة ويحبس الثمن[3]

ويرى الشافعى أنه لا يجوز استعمال شىء من أموال البغاة وأنها ترد جميعا بعد انتهاء الحرب لأنه لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه، لكن إذا اقتضت الضرورة استعمال مال من أموال البغاة جاز استعماله كما لو تعين استعمال سلاحهم للدفاع أو استعمال خيلهم لتغلب عليهم – ويرى البعض أنه يجب أن

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٤١

(٢) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ٦١

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٢، ٤١٣

تؤدى أجرة المال للمستعمل كما هو الشأن فى حالة الضرورة . ولا يرى البعض ذلك لأن الضرورة هنا منشأها فعل البغاة ولم تنشأ من جهة المضطر[1]

وفى مذهب أحمد رأيان أحدهما كمذهب أبى حنيفة ومالك والثانى كمذهب الشافعى[2]

ومذهب الظاهريين كمذهب الشافعى فهم يرون الحيلولة بين البغاة وبين كل ما يستعينون به على باطلهم من مال أو سلاح فيحبس عنهم حتى يفيئوا ولا يجوز استعماله إذا اضطر أهل العدل لأن يدافعوا به عن أنفسهم[3]

ويرى الشيعة الزيدية أنه لا يجوز الاستعانة بأموال البغاة أيا كان نوعها فإذا استعملها الإمام كان ضامناً لها[4]

على أن من الشيعة من يرى أن ما كان فى معسكر البغاة من الأموال يحل أخذه غنيمة لأهل العدل[5]

وللإمام أن يستعين على قتال البغاة ببغاة مثلهم حتى إذا انتصر دعا من معه إلى الطاعة وليس له عند أحمد والشافعى أن يستعين على قتالهم بالكفار بل ولا بمن يرى قتلهم مدبرين من المسلمين ويرى أبو حنيفة أن للإمام الاستعانة على البغاة إذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر — وهذا هو رأى الشيعة الزيدية ، أما الظاهريون فلا يوجبون الاستعانة بأهل الحرب وأهل الذمة إذا اضطرتهم حماية أنفسهم لذلك بشرط أن يوقنوا أنهم فى استنصارهم لا يؤذون مسلماً ولا ذمياً فى مال ولا حرمة — أما الاستعانة بأهل البغى فلا يمنعها الظاهريون[6]

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ ، ١١٥

(٢) المغنى ج ١ ص ٦٥ ، ٦٦

(٣) المحلى ج ١١ ص ١٠٢

(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٤٢

(٥) الروض النضير ج ٤ ص ٣٣

(٦) المحلى ج ١١ ص ١١٣ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ المغنى ج ١٠ ص ٥٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٥ ، ١١٦ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٣٣

ولم أعثر على رأى مالك فى الاستعانة على البغاة بالمسلمين وإن كان رأيه فى الجهاد أن لا يستعان بمشرك إلا فى خدمة الجيش المحارب فأولى ألا يستعان به فى محاربة مسلم

الركن الثالث

القصد الجنائى (قصد البغى)

٦٦٤ — يشترط لوجود البغى أن يتوفر لدى الخارج القصد الجنائى ، والقصد المطلوب توفره هو القصد الجنائى العام أى قصد الخروج على الإمام مغالبة ، فإذا كان الخارج لم يقصد من فعله الخروج على الإمام أو لم يقصد المغالبة فهو ليس باغياً

ويشترط أن يكون الخروج على الإمام بقصد خلعه أو عدم طاعته أو الامتناع من تنفيذ مايجب على الخارج شرعاً ، فإن كان الخارج قد خرج امتناعاً عن معصية فهو ليس باغيا ، وإذا ارتكب الباغى جرائم قبل المغالبة أو بعد انتهائها فليس من الضرورى أن يتوفر فيها قصد البغى لأنه لايعاقب عليها باعتباره باغيا وإنما باعتباره عادلا ، فيشترط أن يتوفر فى كل جريمة منها القصد الجنائى الخاص بها ليعاقب عليها بعقوبتها الخاصة

مسؤولية الباغى الجنائية والمدنية

٦٦٥ — تختلف مسؤولية الباغى الجنائية والمدنية باختلاف الحالات التى يكون فيها ، فمسؤوليته قبل المغالبة وبعدها تختلف عنها فى حالة المغالبة

٦٦٦ — مسؤولية الباغى قبل المغالبة وبعدها يسأل الباغى مدنيا وجنائيا عن كل مايقع منه من الجرائم قبل المغالبة باعتباره مجرما عاديا ، وكذلك عن جرائمه التى تقع بعد انتهاء المغالبة ، فإذا قتل اقتص منه إذا توفرت شروط

القصاص ، وإذا أخذ مالا خفية عوقب باعتباره سارقا إذا توفرت شروط السرقة وإذا غصب مالا أو أتلفه عوقب بالعقوبة المقررة للغصب والإتلاف ، وإذا امتنع عن تنفيذ مايجب عليه عوقب بالعقوبة المقررة للامتناع وعليه الضمان العادى فى كل الأحوال إذا أتى مايوجب الضمان كالسرقة والغصب والاتلاف .

٦٦٧ — مسئولية الباغى أثناء المغالبة . الجرائم التى تقع من البغاة أثناء المغالبة والحرب إما أن تكون مما تقتضيه حالة الحرب وإما أن لاتقتضيها حالة الحرب .

فأما ماتقتضيه حالة الحرب كمقاومة رجال الدولة وقتالهم والاستيلاء على البلاد وحكمها والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها وإتلاف الطرق والكبارى وإشعال النار فى الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وغير ذلك مما تقتضيه طبيعة الحرب ، فهذه الجرائم لايعاقب عليها بعقوباتها العادية — وتدخل جميعاً فى جريمة البغى — والشريعة تكتفى فى البغى بإباحة دماء البغاة وإباحة أموالهم بالقدر الذى يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم ، فإذا ظهرت الدولة عليهم وألقوا سلاحهم عصمت دماؤهم وأموالهم وكان لولى الأمر أن يعفو عنهم أو أن يعزرهم على بغيهم لاعلى الجرائم والأفعال التى أتوها أثناء خروجهم ، فعقوبة البغى بعد التغلب على البغاة هى التعزير ، أما عقوبة البغى فى حالة المغالبة والحرب فهى القتال إن جاز أن نسميه عقوبة ، وما يتبعه من قتل وجرح وقطع ، والواقع أن القتال لايعتبر عقوبة وإنما هو إجراء دفاعى لدفع البغاة وردهم إلى الطاعة ولو كان عقوبة لجاز قتل البغاة بعد التغلب عليهم لأن العقوبة جزاء على ماوقع ، ولكن من المتفق عليه أنه إذا انتهت حالة المغالبة امتنع القتال والقتل — والخلاف منحصر فى قتل الأسير والإجهاز على الجريح — حيث يجيزه البعض كما قدمنا عند قيام حالة المغالبة ، ولايجيزه البعض الآخر ، فإذا انتهت حالة المغالبة فالباغى معصوم الدم لأن البغى هو الذى أباح دمه ، ولا بغى إذا لم تكن مغالبة

أما الجرائم التى تقع من الباغى أثناء المغالبة ولا تقتضيها طبيعة المغالبة فهذه

تعتبر جرائم عادية و يعاقب عليها بعقوباتها العادية ولو أنها وقعت أثناء الخروج والمغالبة كشرب الباغى الخمر مثلا .

٦٦٨ — مسؤولية الباغى المدنية : ليس على أهل البغى ضمان ما أتلفوه حال الحرب من نفوس وأموال إذا اقتضت إتلافه ضرورة الحرب فأما مالم تكن هناك ضرورة لإتلافه حالة الحرب وما أتلف فى غير حالة الحرب فعلى البغاة ضمانه بلا خلاف — أما الأموال التى لم تتلف أو تلفت تلفاً حرثياً فعلى البغاة ردها لأربابها وعليهم ضمان التلف الحرثى إذا لم تكن ضرورة الحرب هى التى اقتضت هذا التلف الحرثى — وهذا هو رأى أبى حنيفة وأحمد والرأى الصحيح فى مذهب الشافعى — على أن فى مذهب الشافعى رأيا بتضمين البغاة كل ما أتلفوه من نفس أو مال فى حال الحرب وفى غير الحرب لأنهم أتلفوه عدوانا على أن القائلين بهذا الرأى لا يرون القصاص فى القتل لأنهم يسقطونه بالشبهة فيلزمون البغاة بديات من قتلوا [1] ويحتج القائلون بتضمين البغاة بأن أبا بكر قال لأهل الردة تدون قتلانا ولا ندى قتلاكم ، ولأنها نفوس وأموال أتلفت بغير حق ولا ضرورة دفع مباح ، فوجب الضمان كالذى تلف فى غير حالة الحرب ، ويحتج القائلون بعدم الضمان بأن الفتنة الكبرى كانت بين الناس وفيهم البدريون فأجمعوا على أن لا يقام حد على رجل استحل فرجا حراما بتأويل القرآن ، ولا يقتل رجل سفك دما حراما بتأويل القرآن ولا يغرم ما أتلفه بتأويل القرآن ، ولأن البغاة طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ فلا تضمن ما أتلفته على الأخرى كأهل العدل ، ولأن تضمينهم يفضى إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة فلا يشرع كتضمين أهل الحرب ، فأما قول أبى بكر رضى الله عنه فقد رجع عنه ولم يمضه فإن عمر قال له أما أن يدوا قتلانا فلا ، فإن قتلانا قتلوا فى سبيل الله تعالى على ما أمر الله فوافقه أبو بكر ورجع إلى قوله ولم ينقل أنه غرم أحداً شيئاً على

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٣٦ — أسنى المطالب ج ١ ص ١١٣ — المغنى ج ١٠ ص ٦١ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٤

أنه لو وجب التضريم في حق المرتدين لم يلزم مثله في حق البغاة فإن أولئك كفار لا تأويل لهم وهؤلاء مسلمون لهم تأويل سائغ فلا يصح إلحاقهم بهم[1]، ويرى الشيعة الزيدية أن البغاة لا يضمنان عليهم[2]

ويرى مالك عدم تضمين الباغى ولو كان مليئاً سواء أتلف نفوساً أو أموالاً بشرطين: أولهما أن يكون الباغى متأولاً، فإن لم يكن متأولاً ضمن، الثانى: أن يكون الإتلاف حدث حال البغى واقتضته ضرورة المغالبة[3]

ويسمى الباغى غير المتأول فى مذهب مالك معانداً ولكنهم لا يعتبرونه معانداً إلا إذا كان خارجاً على عدل، فإن خرج على غيره فليس معانداً ولو كان غير متأول وكان حكمه حكم المتأول

أما الظاهريون، فالبغاة عندهم ثلاثة أصناف، صنف تأولوا تأويلا يخفى وجهه على كثير من أهل العلم كمن تعلق بآية خصصتها آية أو بحديث خصصه آخر أو نسخه نص آخر فهؤلاء معذورون، حكمهم حكم الحاكم المجتهد يخطىء فيقتل مجتهداً أو يتلف مالا مجتهداً أو يقضى فى فرج خطأ مجتهداً ولم تقم عليه الحجة فى ذلك، ففى الدم دية على بيت المال لا على الباغى ولا على عاقلته ويضمن المال كل من أتلفه، وهكذا أيضاً من تأول تأويلا خرق به الإجماع بجهالة ولم تقم عليه الحجة ولا بلغته، وأما من تأول تأويلا فاسداً لا يعذر فيه، لكن خرق الإجماع أى شىء كان ولم يتعلق بقرآن ولا سنة فعليه القود فى النفس وما دونها والحد فيما أصاب من حدود الله، وضمان ما استهلك من مال وهكذا من قام فى طلب دنيا مجرداً بلا تأويل ومن قام عصبية[4]

وإذا غلب البغاة على بلد فجبوا الخراج والزكاة والجزية وأقاموا الحدود وقع ذلك موقعه، فإذا ظهر أهل العدل بعد على البلد وظفروا بأهل البغى لم يطالبوا بشىء مما جبى ولم يرجع به على من أخذ منه، وهذا هو رأى مالك وأبى

(١) المغنى ج ١٠ ص ٦٢ (٢) نيل الأوطار ج ٧ ص ٧٩
(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢ (٤) المحلى ج ١١ ص ١٠٧

حنيفة والشافعى وأحمد وحجتهم أن فى عدم الاعتداد بذلك إضراراً بالرعية على أنه إذا كان قد بقى من الأموال التى جبيت شىء فى يد البغاة ، استولى عليها الإمام لصرفها فى مصارفها[1] ويقصر مالك عدم الضمان على الباغى المتأول دون غيره .

ويرى الظاهريون أنه لا يحل أن يكون حاكما إلا من ولاه الإمام الحكم ولا أن يكون آخذاً للحدود إلا من ولاه الإمام ذلك ، ولا أن يكون مصدقاً أو جابيا إلا من ولاه الإمام ذلك ، وكل من أقام حداً أو أخذ صدقة أو قضى قضية وليس ممن جعل الله ذلك له بتقديم الإمام ، فلم يحكم كما أمره الله ولا أقام الحد كما أمره الله تعالى ، ولا أخذ الصدقة كما أمره الله تعالى فإن لم يفعل ذلك كما أمر فلم يفعل شيئاً من ذلك بحق وإذا لم يفعله بحق فقد فعله بباطل ، وإذا فعله بباطل فقد تعدى ﴿ ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه ﴾ والرسول صلى الله عليه وسلم يقول « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » فإذا هو ظالم ، فالظلم لا حكم له إلا رده ونقضه ، وواضح من هذا أن من أخذ صدقة فعليه ردها لأنه أخذها بغير حق فهو متعد فعليه ضمان ما أخذ إلا أن يوصله إلى الأصناف المذكورة فى القرآن فإذا أوصلها فقد تأدت الزكاة إلى أهلها وصح من هذا أن كل حد أتاه فهو مظلمة لا يعتد به وتعاد الحدود ثانية ولابد وتؤخذ الدية من مال من قتلوه قوداً وأن يفسخ كل حكم حكموه ولابد وليس أدل على ذلك مما رواه عبادة بن الصامت عن أبيه عن جده قال بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة فى العسر واليسر والمنشط والمكره وعلى أثرة علينا وأن لا ننازع الأمر أهله وعلى أن نقول بالحق أينما كنا لا نخاف فى الله لومة لائم

وعن عرفجة أن رسول الله قال « ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق أمر هذه الأمة وهى جمع فاضربوه بالسيف كائناً من كان » فصح أن لهذا

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٦٢ ــ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٤١٣ ــ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١١٣ ــ المغنى جـ ١٠ ص ٦٨

الأمر أهلا لا يحل لأحد أن ينازعهم إياه وأن تفرق هذه الأمة بعد اجتماعها لا يحل وصح أن المنازعين في الملك والرياسة مريدون تفريق جماعة هذه الأمة وأنهم منازعون أهل الأمر أمرهم فهم عصاة بكل ذلك وإذ هم عصاة فكل حكم حكموه وكل زكاة قبضوها وكل حد أقاموه كل ذلك منهم ظلم وعدوان ومن الباطل أن تنوب معصية الله عن طاعته وأن يجرى الظلم عن العدل وأن يقوم الباطل مقام الحق(١)

ويرى الشيعة الزيدية أن للإمام أن يضمن البغاة ما اقتضوه من الحقوق التي إلى الإمام من واجبات أو خراج أو مظالم أو نحو ذلك(٢)

وإذا أقام البغاة قاضياً يصلح للقضاء فحكمه حكم أهل العدل ينفذ من أحكامه ما ينفذ من أحكام أهل العدل ويرد منه ما يرد فإن كان ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لم يجز قضاؤه لأنه ليس بعدل وهذا ما يراه مالك والشافعي وأحمد وأبو حنيفة ، على أن مالكا يشترط أن يكون البغاة متأولين ، وما يثبت عند قاضي البغاة يثبت عند قاضي أهل العدل من حقوق ولو لم يكن قد حكم به وإذا سمع شهودا فكتب بها كتابا صح كتابه إذا توفرت في الشهود العدالة سواء كانوا من البغاة أم لا ولكن أبا حنيفة لا يقبل شهادة البغاة مطلقاً لفسقهم(٣)

مسئولية من يعين البغاة : قد يستعين البغاة بغيرهم من الذميين أو المحاربين ولكل صنف حكمه

٦٦٩ — **الاستعانة بالذميين** : يفرق مالك بين ما إذا كان الباغي متأولا أو معانداً والباغي المعاند عنده هو غير المتأول ، فإذا استعان البغاة المتأولون بذميين فحكم الذميين هو حكم البغاة الذين أعانوهم . يسألون جنائياً عما يسألون

(١) المحلى ج ١١ ص ١١١ ، ١١٢   (٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٥٧

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٢ ، ١١٣ — المغني ج ١ ص ٧

عنه ويضمنون مدنياً ما يضمنونه وإذا استعان البغاة بالمعاهدين مذميين اعتبر الذميون ناقضين لعهدهم وحلت دماؤهم وأموالهم كالحربيين سواء بسواء

ويعتبر مالك هذه الحالة بأن يكون المعاهد خارجا على الإمام العدل فإن كان الخروج على غيره فلا يعتبر الخارج معاهداً ولو كان غير متأول والذى معه لا يعتبر ناقضاً[1]

ويرى أبو حنيفة أنه لو استعان أهل البغى بأهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضاً للعهد كما أن هذا الفعل من أهل البغى ليس نقضاً للإيمان فالذين انضموا إليهم من أهل الذمة لم يخرجوا من أن يكونوا ملتزمين حكم الإسلام فى المعاملات وأن يكونوا من أهل الدار فحكمهم حكم البغاة مسؤوليتهم جميعا واحدة من الناحيتين الجنائية والمدنية[2] .

وفى مذهب الشافعى وأحمد : رأيان أولهما أن إعانة الذميين بالبغاة تنقض عهدهم كما لو انفردوا بقتال المسلمين والثانى . أن عهدهم لا ينتقض لأن أهل الذمة لا يعرفون الحق من الباطل فيكون ذلك شبهة لهم ويترتب على القول بنقض العهد أن الذميين يصبحون كأهل الحرب ويترتب على القول بعدم النقض أن يكون حكمهم حكم أهل البغى فى قتل قتيلهم والكف عن مدبرهم وأسيرهم وجريحهم إلا أن أصحاب هذا الرأى يرون تضمين الذميين ضماناً تاماً فيسألون عن جرائمهم حال القتال وغيره فإن قتلوا أو جرحوا أو أتلفوا سئلوا جنائياً عن كل ذلك وعليهم ضمان المال المتلف ورد القائم سواء أتلف فى حال الحرب واقتضت ضرورة الحرب إتلافه أم لا ويعللون التفرقة بين البغاة والذميين بأن البغاة لهم تأويل سائغ والذميون لاتأويل لهم ولأن إسقاط المسؤولية عن المسلمين قصد منه عدم تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ولا يخشى تنفير الذميين عن الطاعة لأن تأمينهم مشروط بالطاعة والقائلون بنقض العهد يرون أن إكراه البغاة للذميين على معاونتهم يمنع من نقض العهد وأن اعتقاد الذميين بأنهم ملزمون

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٦٢ (٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٤١٥

بمعاونة البغاة يمنع أيضا من نقض العهد[1]

٦٧٠ - الاستعانة بأهل الحرب . إذا استعان البغاة بأهل الحرب فإما أن يكونوا مستأمنين أو غير مستأمنين فإن كانوا مستأمنين فأعانوهم نقضوا عهدهم بالإعانة وصاروا كأهل الحرب غير المستأمنين لأنهم تركوا شرط الأمان وهو الكف عن المسلمين فإن فعلوا ذلك مكرهين لم ينتقض عهدهم

وإن كانوا غير مستأمنين فاستعان بهم البغاة وأمنوهم أو عقدوا لهم ذمة لم يصح من ذلك شيء لأن شرط الأمان الأساسي هو الكف عن المسلمين والبغاة يشترطون عليهم قتال المسلمين فلا يصح الأمان ولأهل العدل أن يقاتلوهم كمن لم يؤمنوه سواء . وحكم أسيرهم حكم أسير سائر أهل الحرب قبل الاستعانة بهم فأما أهل البغي فلا يجوز لهم قتلهم لأنهم آمنوهم فلا يجوز لهم الغدر بهم[2]

أما إذا عقد البغاة ذمة لحربيين أو عاهدوهم ولم يشترطوا عليهم أن يعينوهم على أهل العدل فعقود أهل البغي نافذة في حق أهل العدل لأن البغاة مسلمون وأمان المسلم إذا كان في حقه فهو نافذ على جميع المسلمين ، فإذا استعانوا بهم فأعانوهم انتقض العهد في حق أهل العهد

ويرى في مذهب أبي حنيفة أن العادل يجوز له أن يؤمن الباغي فإذا أمن رجل من أهل العدل رجلا من أهل البغي جاز أمانه لأنه ليس أعلى شقاقا من الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولأنه قد يحتاج المناظرته ليتوب ولا يأتي ذلك مالم يأمن كل الآخر ، لكن إذا أمن ذمي مقاتل مع أهل العدل باغياً فلا يجوز أمانه[3]

(١) المغني ج ١٠ ص ٧٢ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٣٧

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ ـ ـ المغني ج ١٠ ص ٧١ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٣٧ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٥

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦

ولكن غيرهم يرى أن أمان أهل الذمى مأيديهم متى تركوا القتال حرمتْ دماؤهم وكانوا إخواننا وما داموا مقاتلين باغين فلا يحل لمسلم إعطاؤهم الأمان على ذلك فالأمان والإجارة هنا هذر ولغو ، وإنما الأمان والإجارة للكافر الذى يحل للإمام قتله إذا أسروه واستنقذوه لأى مسلم إن ترك سبيه كان هو ممن يعطى الأمان ويجير ولو أن أحداً من أهل البغى أجار كافراً جازت إجارته كإجارة غيره ولا فرق لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « يجير على المسلمين أدناهم »[1].

* * *

(١) المحلى ج ١١ ص ١١٧

الكتاب السابع

الردة

٦٧١ - النصوص الواردة في الردة · قال الله تعالى ﴿ ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بدل دينه فاقتلوه » .

٦٧٢ - تعريف الردة الردة لغة هي الرجوع ، فالراجع مرتد ومن ذلك قوله تعالى ﴿ ولا ترتدوا على أدباركم فتنقلبوا خاسرين ﴾ وتعرف الردة شرعاً بأنها الرجوع عن الإسلام أو قطع الإسلام وكلا التعبيرين بمعنى واحد [1]

أركان الردة

٦٧٣ - للردة ركنان أولهما الرجوع عن الإسلام، ثانيهما القصد الجنائي

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٩١ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٦ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٥ - كشاف القناع ج ٤ ص ١٠

الركن الأول

الرجوع عن الإسلام

٦٧٤ - الرجوع عن الإسلام : هو ترك الإسلام أى ترك التصديق به والرجوع يكون بأحد طرق ثلاثة . بالعمل أو بالامتناع عن عمل، و بالقول و بالاعتقاد

فالرجوع عن الإسلام بالعمل يحدث بإتيان أى فعل يحرمه الإسلام إذا استباح الفاعل إتيانه سواء أتاه متعمداً إتيانه أو أتاه استهزاء بالإسلام واستخفافا أو عناداً ومكابرة كالسجود لصنم أو للشمس أو القمر أو لأى كوكب، وكإلقاء المصحف وكتب الحديث فى الأقذار أو وطأها واستهزاء بها أو استخفافاً بما جاء فيها أو عنادا ، ويكون أيضاً بإتيان المحرمات مع استحلال إتيانها كأن يزنى الزانى وهو يعتقد أن الزنا غير محرم بصفة عامة أو غير محرم عليه ، وكاستحلال شرب الخمر واستحلال قتل المعصومين وسلب أموالهم فمن اعتقد حل شىء أجمع على تحريمه وظهر حكمه بين المسلمين وزالت الشبهة فى حله بالنصوص الواردة فيه كلحم الخنزير والزنا وأشباه هذا مما لا اختلاف فيه كفر ، وكذلك إن استحل قتل المعصومين أو أخذ أموالهم بغير شبهة ولا تأويل ، أما إذا كان الاستحلال بتأويل كما هو حال الخوارج فأكثر الفقهاء لا يرون كفر الفاعل ، وقد عرف عن الخوارج أنهم يكفرون كثيراً من الصحابة والتابعين ويستحلون دماءهم وأموالهم ويعتقدون أنهم يتقربون إلى الله جل شأنه بقتلهم ومع هذا لم يحكم الفقهاء بكفرهم لتأويلهم وكذلك الحكم فى كل محرم استحل بتأويل فلا يعتبر فاعله مرتداً

ومن الأمثلة على استحلال المحرم بالتأويل مافعله قدامى بن مظعون فقد شرب الخمر مستحلا لها وكذلك فعل أبو جندل بن سهل وجماعة معه شربوا الخمر فى الشام مستحلين لها مستدلين بقول الله جل شأنه ﴿ ليس على الذين آمنوا

وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ﴾ لم يكفروا بفعلهم وعرفوا تحريمها فتابوا وأقيم عليهم حد الخمر باعتبارهم عاصين ومن استحل محرماً يجهل تحريمه فلا يعتبر مرتداً إذا ثبت أنه يجهل التحريم ويعرف أن الفعل محرم، فإذا عاد له مستحلا إياه فهو كافر لا شك في كفره، أما إن أتاه غير مستحل له فهو عاص لا كافر (١)

ويعتبر خارجاً عن الإسلام من امتنع عن إتيان فعل يوجبه الإسلام إذا أنكر هذا الفعل أو جحده أو استحل عدم إتيانه كأن يمتنع عن أداء الصلاة أو الزكاة أو الحج جاحداً لها منكراً إياها وكذلك الامتناع عن كل ما أوجبته الشريعة وأجمع على وجوبه . ويعتبر الممتنع كافراً إذا كان ممن لا يجهل مثله ذلك ، فإن كان ممن لا يعرف الوجوب كحديث عهد بالإسلام أو ناشئ بغير دار أو بادية بعيدة عن الأمصار وأهل العلم ، لم يحكم بكفره ، ويعرف ذلك وتبين له أدلة وجوب ما ينكره ، فإن جحد بعد ذلك كفر ، أما إذا كان الجاحد ناشئاً في الأمصار بين أهل العلم بالشريعة فإنه يكفر بمجرد الجحد ، وكذلك الحكم في مباني الإسلام كلها ومبادئه الأولية المتفق عليها لأن أدلة وجودها لا تكاد تخفى والكتاب والسنة مشحونان بأدلتها والإجماع منعقد عليها فلا يجحدها إلا معاند للإسلام ممتنع عن التزام أحكامه ، غير قابل لكتاب الله تعالى ولا سنة رسوله ولا إجماع أمته (٢)

ومن الأمثلة الظاهرة على الكفر بالامتناع في عصرنا الحاضر الامتناع عن الحكم بالشريعة الإسلامية وتطبيق القوانين الوضعية بدلا منها ، والأصل في الإسلام أن الحكم بما أنزل الله واجب وأن الحكم بغير ما أنزل الله محرم ،

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٩ ، ٢٨ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢، ٦٥ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٥ ، ٣٩٦ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٦ ، ١١٨ — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٩١ ، ٣٩٣ — المغني ج ١ ص ٨٥ — كشاف القناع ج ٤ ص ١٠١، ١٠٣ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٥ — ٥٧٧

(٢) راجع المراجع السابقة

ونصوص القرآن صريحة وقاطعة فى هذه المسألة ، فالله جل شأنه يقول ﴿ إن الحكم إلا لله ﴾ ويقول ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون ﴾ ويقول ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله ، فأولئك هم الظالمون ﴾ ويقول : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ ويقول ﴿ اتبعوا ما أنزل إليكم من ربكم ولا تتبعوا من دونه أولياء ، قليلا ما تذكرون ﴾ ويقول ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ، ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون ﴾ ويقول ﴿ فإن لم يستجيبوا لك فاعلم أنما يتبعون أهواءهم ، ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله ، إن الله لا يهدى القوم الظالمين ﴾ ويقول ﴿ وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق ، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ﴾ وقوله ﴿ أفغير دين الله يبغون وله أسلم من فى السموات والأرض طوعاً وكرهاً وإليه يرجعون ﴾ وقوله ﴿ ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه ، وهو فى الآخرة من الخاسرين ﴾ .

ولا خلاف بين الفقهاء والعلماء فى أن كل تشريع يخالف الشريعة الإسلامية باطل لا تجب له الطاعة ، وأن كل ما يخالف الشريعة محرم على المسلمين ولو أمرت به أو أباحته السلطة الحاكمة أياً كانت ، ومن المتفق عليه أن من يستحدث من المسلمين أحكاماً غير ما أنزل الله ويترك بالحكم بها كل أو بعض ما أنزل الله من غير تأويل يعتقد صحته ، فإنه يصدق عليهم ما وصفهم به الله تعالى من الكفر والظلم والفسق كل بحسب حاله ، فمن أعرض عن الحكم بحد السرقة أو القذف أو الزنا لأنه يفضل غيره من أوضاع البشر عليه فهو كافر قطعاً ومن لم يحكم به لعلة أخرى غير الجحود والنكران فهو ظالم إن كان فى حكمه مضيعاً لحق أو تاركا لعدل أو مساواة وإلا فهو فاسق ، ومن المتفق عليه أن من رد شيئاً من أوامر الله أو أوامر رسوله فهو خارج عن الإسلام سواء رده من جهة الشك

أو من جهة ترك القبول أو الامتناع عن التسليم ، ولقد حكم الصحابة بارتداد مانعي الزكاة واعتبروهم كفاراً خارجين عن الإسلام لأن الله حكم بأن من لم يسلم بما جاء به الرسول ، ولم يسلم بقضائه وحكمه فليس من أهل الإيمان قال جل شأنه ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما ﴾ [1] .

ويعتبر خروجاً من الإسلام صدور قول من الشخص هو كفر بطبيعته أو يقتضي الكفر كأن يجحد الربوبية فيدعي أن ليس ثمة إله أو يجحد الوحدانية فيدعي أن لله شركاء أو يقول بأن لله صاحبة أو ولداً ويدعي النبوة أو يصدق مدعيها أو ينكر الأنبياء والملائكة أو أحدهم ، أو جحد القرآن أو شيئاً منه ، أو جحد البعث أو أنكر الإسلام أو الشهادتين أو أعلن براءته من الإسلام أو قال إن الشريعة لم تجيء لتنظيم العلاقات بين الأفراد والجماعات ، والحاكمين والمحكومين وأن أحكامها ليست واجبة التطبيق في كل الأحوال وعلى كل المسائل أو قال إن أحكام الشريعة كلها أو بعضها ليست أحكاماً دائمة وإن بعضها أو كلها موقوت بزمن معين أو قال إن أحكام الشريعة لا تصلح للعصر الحاضر وإن غيرها من أحكام القوانين الوضعية خير منها

ويعتبر خروجا عن الإسلام كل اعتقاد مناف للإسلام كالاعتقاد بقدم العالم وأن ليس له موجد وكاعتقاد حدوث الصانع ، والاعتقاد باتحاد المخلوق والخالق أو بتناسخ الأرواح ، أو باعتقاد أن القرآن من عند غير الله أو أن محمداً كاذب أو أن علياً إله أو أنه هو الرسول وغير ذلك من الاعتقادات المنافية للقرآن والسنة وكذلك الاعتقاد بأن الشريعة لا تصلح للتطبيق في هذا العصر أو أن

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤ ـ أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ ، ٥٨ ـ تفسير المنار ج ٦ ص ٥ ـ روح المعاني للآلوسي ج ٦ ص ١٤٠ ـ تفسير الطبري ج ٦ ص ١١٩ ـ تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٠ ـ التشريع الجنائي الإسلامي ج ١ ص ص ٢٢٥ ، ٢٣٢

تطبيقها كان سبب تأخر المسلمين واختلاطهم أو أنه لا يصلح للمسلمين إلا التخلص من أحكام الشريعة والأخذ بأحكام القوانين الوضعية .

ويلاحظ أن الاعتقاد المجرد لا يعتبر ردة يعاقب عليها ما لم يتجسم فى قول أو عمل ، فإذا لم يتجسم الاعتقاد الكفرى فى قول أو عمل فلا عقاب عليه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله عفى لأمتى عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم » فإذا اعتقد المسلم اعتقاداً منافياً للاسلام أياً كان هذا الاعتقاد فهو لا يخرجه عن الإسلام إلا إذا أخرجه من سريرته فى قول أو عمل ، فإذا لم يخرجه من سريرته فهو مسلم ظاهراً فى أحكام الدنيا ، أما فى الآخرة فأمره لله فإذا أظهر اعتقاده المنافى للاسلام فى قول أو عمل وثبت ذلك عليه فقد ثبتت عليه الردة

ويختلف الفقهاء فى ماهية السحر وفى حكم الساحر ، فأما فى ماهية السحر فإنهم يسلمون للسحر أثره ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان حقيقة أو تخييلا فرأى البعض أن السحر لا حقيقة له وإنما هو تخييل احتجوا بقول الله جل شأنه ﴿ يخيل إليه من سحرهم أنها تسعى ﴾ ورأى البعض أن السحر له حقيقة واحتجوا بقوله تعالى ﴿ ومن شر النفاثات فى العقد ﴾ أى السواحر وقالوا لولا أن السحر حقيقة لما أمر الله بالاستعاذة منه كما احتجوا بقوله تعالى ﴿ وما كفر سليمان ولكن الشياطين كفروا ، يعلمون الناس السحر وما أنزل على الملكين ببابل هاروت وماروت ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه ﴾ وقالوا إن من المشهور بين الناس عقد الرجل عن امرأته حين يتزوجها فلا يقدر على إتيانها وحل عقده فيقدر عليها بعد عجزه عنها حتى صار متواتراً لا يمكن جحده

ومن المتفق عليه أن تعلم السحر وتعليمه حرام ، واعتقاد إباحته كفر ولكنهم اختلفوا فى حكم الساحر ، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الساحر

يكفر بتعلم السحر و بفعله سواء اعتقد تحريمه أو لم يعتقده و يقتل بذلك دون استتابة لما روى عن جندب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « حد الساحر ضربه بالسيف » ولذلك يرى الحنفيون قتل المرأة ولو أنهم لايرون قتل المرأة المرتدة لأن الساحر يقتل حداً لاردة ولو أنه يكفر بسحره ، والمرتد يستتاب أما فى الحد فلا استتابة إلا حيث يوجد نص . ولانص[١] .

وهناك رواية عن أحمد بأن الساحر لا يكفر بتعلم السحر ولا بفعله ، و إنما هو عاصى يؤدب ويستتاب[٢] .

و يرى الشافعى أن الساحر لا يعتبر مرتداً إلا إذا أتى فى سحره بقول أو فعل يكفره كالإشراك بالله والسجود للشمس أو الكواكب أو إذا استحل السحر فإن لم يأت بشىء من الكفر الذى لاخلاف فيه فهو مسلم عاص[٣]

ولا يأخذ الشافعيون بحديث جندب ومثلهم الظاهريون لأنه حديث مرسل و يرى ابن حزم أن الحديث روى هكذا « حد الساحر ضربة بالسيف » وليس فيه قتله ، والضربة قد تقتل وقد لاتقتل ، وعنده أن الحديث غير صحيح ، و إذا لم يصح الحديث وجب الرجوع للنصوص العامة وهى تحرم القتل إلا بحق ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ وقول الرسول « إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم » فصح بالقرآن والسنة أن كل مسلم دمه حرام إلا بنص ثابت أو إجماع متيقن وليس فى السحر نص ثابت إلا ماروى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اجتنبوا السبع الموبقات قيل يارسول الله وما هى ؟ قال . الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله إلا بالحق ، وأكل مال اليتيم ، وأكل الربا ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات » فكان هذا بياناً جلياً بأن السحر ليس من الشرك ولكنه معصية موبقة كقتل

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٠٨ ، ٤٠٩ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٨ المغنى ج ١٠ ص ١١٣ وما بعدها

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ (٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٧

النفس فارتفع الإشكال وصح أن السحر ليس كفراً وإذا لم يكن كفراً فلا يصح قتل فاعله إلا إذا أتى بما هو كفر لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث ، كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس»(١).

وفى الكاهن والعراف نفس الخلاف فى الساحر. والكاهن هو الذى له رئى من الجن يأتيه بالأخبار والعراف هو الذى يحدس ويتخرص ، على أن الحنفيين يرون أن العراف والكاهن إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له مايشاء ، كفر ، وإن اعتقد أنه تخييل لم يكفر ، وفى مذهب أحمد روايتان الأولى حكمها حكم الساحر لقول عمر : اقتلوا كل ساحر وكاهن ، والثانية إن تاب لم يقتل ، ويرى الحنفيون المتأخرون أنه لا يجب العدول عن مذهب الشافعى فى كفر الساحر والكاهن والعراف(٢).

ويرى الشيعة الزيدية أن الساحر مرتد وأن حده القتل بعد الاستتابة كالمرتد(٣).

ولا تصح الردة إلا من عاقل ، فلا تصح الردة ممن لا عقل له كالمجنون ومن زال عقله بإغماء أو نوم أو مرض أو شرب دواء مباح ، وكالطفل الصغير الذى لم يميز.

٦٧٥ — ردة المجنون وإسلامه ومن فى حكمه: لا تصح ردة المجنون لأن العقل من شرائط الأهلية خصوصاً فى الاعتقادات ، ومن المتفق عليه أن المجنون إذا ارتد فى حال جنونه فإنه مسلم على ما كان عليه قبل ذلك ، ولو قتله قاتل عمداً كان عليه القود والأصل فى ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث ، عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » فلا تصح ردة المجنون لأنه لا قول له ، أما إذا ارتد فى حال إفاقته صحت ردته ،

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٩٤

(٢) المراجع السابقة ـ المغنى ج ١٠ ص ١١٨ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٩

فإن ارتد صاحياً ثم جن بعد ذلك لم يقتل حال جنونه لأنه يقتل بالإصرار على الردة بعد استتابته والمجنون لا يمكن أن يوصف بالإصرار كما أنه لا يمكن أن يستتاب ، وإذا قتله قبل إفاقته أو بعدها وقبل استتابته عزر لتفويته الاستتابة الواجبة ولافتياته على السلطات العامة ، ولـكنه لا يسأل عن القتل ، وإذا كان المجنون المقتول امرأة فلا قود على قاتلها عند أبي حنيفة ، وإنما على القاتل التعزير فقط ، لأن الردة تبيح دم صاحبها ، وكل جناية على المرتد هدر ، ومنع قتل المرأة بالردة راجع للشبهة [1] .

والقاعدة عند الشافعي وأحمد أن المجنون تنفذ عليه حال جنونه عقوبة كل جريمة ثبتت عليه بالبينة ، وعقوبة كل جريمة ثابتة بالإقرار ، إذا كان العدول عن الإقرار لا يسقط الإقرار كالقصاص أما إذا كانت الجريمة ثابتة بالإقرار وكان العدول عن الإقرار يسقط العقوبة كما هو الحال في السرقة والزنا والشرب فيوقف التنفيذ حتى يفيق المجنون لاحتمال أنه إذا أفاق عدل عن إقراره فسقطت العقوبة المحكوم بها [2]

وفي مذهب مالك يرون أن الجنون يوقف تنفيذ الحكم ويظل الحكم موقوفاً حتى يفيق المجنون إلا إذا كانت العقوبة قصاصاً ، فإنها على رأي البعض تسقط باليأس من إفاقة المجنون وباقي الرأي ، ورأي أبي حنيفة في التشريع الجنائي [3].

٦٧٦ — ردة السكران وإسلامه : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن

(١) المغني ج ١ ص ٧٦ ، ١١٠ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٠ وما بعدها — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٩ ، ٧٠ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ ، ١٣٥ — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٧ ، ٤٠٧ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٥ — المحلى ج ١ ص ٣٤٤ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢ — المغني ج ١٠ ص ١١ — التشريع الجنائي الإسلامي ص ٥٩٧ ، ٥٩٨

(٣) التشريع الجنائي ج ١ ص ٥٩٨

السكران حكمه حكم المجنون فلا يصح إسلامه ولا تصح ردته ، وهم لا يصححون ردته ولا إسلامه استحساناً ، أما حكم القياس عندهم فتصحيح ردته وإسلامه لأن الأحكام مبنية على الإقرار بظاهر اللسان لا على ما فى القلب إذ هو أمر باطن فلا يوقف عليه ، أما وجه الاستحسان فإن أحكام الكفر مبنية على الكفر كما أن أحكام الإيمان مبنية على الإيمان ، والإيمان والكفر يرجعان به إلى التصديق والتكذيب ، وإنما كان الإقرار دليلا عليهما وإقرار السكران لا يصح دليلا ، وإذا لم يصح الدليل لم يثبت المدلول عليه (١) .

ويتفق المذهب الظاهرى مع مذهب أبى حنيفة فى هذه المسألة ، فالظاهريون لا يعتبرون ردة السكران ولا أى فعل أتاه وهو سكران سواء أدخل السكر على نفسه أم أدخله عليه غيره (٢) .

وفى مذهب مالك والشافعى وأحمد والشيعة الزيدية خلاف ، والرأى الراجح فى هذه المذاهب أن ردة السكران تصح إذا دخل السكر على نفسه وكان عالما بأنه يتناول سكراً ، أما الرأى المرجوح فلا يصحح ردته لأنه زائل العقل ولأن المسألة متعلقة بالاعتقاد (٣)

ويلاحظ أن القائلين بتصحيح ردة السكران يصححون إسلامه ، وأن القائلين بعدم تصحيح الردة لا يصححون إسلام السكران .

٦٧٧ ـ ردة الصبى وإسلامه : من المتفق عليه أن ردة الصبى الذى لا يعقل غير صحيحة ولكنهم اختلفوا فى ردة الصبى الذى يعقل على الوجه الآتى .

فيرى أبو حنيفة ومحمد أن البلوغ ليس بشرط للردة فتصح ردة الصبى الذى يعقل ، ويرى أبو يوسف أن الصبى الذى لم يبلغ لا تصح ردته وحجتهما أن الصبى

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٧ .
(٢) المحلى ج ١ ص ٢٠٨ ، ٣٤٤ ـ المحلى ج٧ ص ٣٢٢ وما بعدها .
(٣) المغنى ج ١٠ ص ٨١ ، ١١ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٧ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٣٨ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص٥٧٥ ـ مواهب الجليل ج٤ ص ٣٤

المميز يصح إسلامه فتصح ردته لأن صحة الإسلام والردة مبنية على وجود الإيمان أو الكفر حقيقة ، لأن الإيمان والكفر من الأفعال الحقيقية وهما أفعال جارحة من القلب بمنزلة أفعال سائر الجوارح ، والإقرار الصادر عن عقل دليل وجودهما وقد وجدناهما هنا إلا أنه مع وجود الكفر من الصبي العاقل لا يقتل ولكن يحبس إذ لا قتل إلا على البالغ بعد استتابته فيحبس الصبي حتى يبلغ ثم يستتاب ، ويشترط أبو يوسف البلوغ لصحة الردة فلا تصح الردة عنده إلا إذا بلغ الصبي مرتداً ، وحجته أن عقل الصبي في التصرفات الضارة المحضة ملحق بالعدم ولهذا لم يصح طلاقه وإعتاقه وتبرعاته والردة مضرة محضة ، أما الإيمان فيصح من الصبي لأنه نفع محض ولذلك صح إسلام الصبي عند أبي يوسف ولم تصح ردته [1]

ويتفق مذهب مالك مع رأي أبي حنيفة ومحمد

وفي مذهب أحمد رأيان : أولهما وهو المعمول به في المذهب أن ردة الصبي تصح وهذا يتفق مع رأي أبي حنيفة ومحمد ، وظاهر مذهب مالك ، والثاني أن الصبي تصح إسلامه ولا تصح ردته ، وهو يتفق مع رأي أبي يوسف [2] .

ويلاحظ أن الخلاف ليس له أهمية عملية من الناحية الجنائية ، لأن الصبي لا يقتل سواء قيل بصحة ردته أو بعدم صحتها إذ الغلام لا تجب عليه الحدود حتى يبلغ ، فإذا بلغ فثبت على ردته ، ثبت حكم الردة ووجبت عليه العقوبة بعد الاستتابة إن لم يتب ، فيستوي إذن في الحكم المرتد قبل بلوغه والمرتد وقت بلوغه ، والمسلم الأصلي الذي ارتد والكافر الذي أسلم صبياً ثم ارتد [3]

أما مذهب الشافعي فلا يصحح ردة الصبي ولا إسلامه إلا بالبلوغ ومن هذا الرأي زفر من أصحاب أبي حنيفة ، وهو يتفق مع مذهب الظاهريين ومذهب الشيعة الزيدية ، وحجة أصحاب هذا الرأي قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع القلم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ ، ١٣٥ (٢) المغني جـ ١٠ ص ٩١ ، ٩٢
(٣) المراجع السابقة .

عن ثلاث : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » .

وأصحاب هذا الرأي إذا كانوا لا يصححون إسلام الصبي فإنهم يعتبرونه مسلما حكما أو تبعا ، لأن الصغير يعتبر مسلماً تبعاً لأبويه أو أحدهما ولا يأخذ حكمهما حتى البلوغ ، فلو صح إسلامه لكان مسلماً أصلا ، فيكون هناك تناقض بين اعتباره مسلما تبعاً لأبويه أو أحدهما ، وبين اعتباره مسلما أصلا ، فضلا عن أن الإسلام يلزمه أحكاماً تشوبها المضرة من حرمان الإرث والفرقة بينه وبين زوجته المشركة ، وهو ليس أهلا لما يضر به من التصرفات[1] .

وخلاصة ما سبق أن الفقهاء على ثلاثة آراء في ردة الصبي العاقل وإسلامه، فبعضهم لا يصحح إسلام الصبي المميز أي الذي يعقل ولا ردته ، وبعضهم يصحح إسلامه ولا يصحح ردته ، وبعضهم يصحح إسلامه وردته معا ، وهذا في الصبي المميز أي الذي يعقل ، أما الصبي الذي لا يعقل ، فلا يصح له إسلام ولا ردة اتفاقا ، وإن كان يحكموا له بالإسلام تبعا لأبويه ، والفقهاء الذين يصححون إسلام الصبي الذي يعقل يشترطون لصحة إسلامه شرطين .

أولهما أن يعقل الإسلام ومعناه ، وأن يعلم أن الله تعالى ربه لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله ، وهذا الشرط لا خلاف عليه لأن الطفل الذي لا يعقل لا يتحقق منه اعتقاد الإسلام ثانيهما أن يكون عمره عشر سنوات ، وهو شرط غير متفق عليه وأكثر من يصححون إسلام الصبي لم يشترطوا ذلك ولم يحددوا له حداً من السنين، وحجة من يشترطون عشر سنوات أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بضرب الصبيان على الصلاة لعشر وهذا هو مذهب الحنابلة ،على أن هناك رواية عن أحمد بتصحيح إسلام الصبي إذا بلغ سبع سنوات لأن النبي صلى الله عليه سلم قال

(١) أسنى حـ ٤ ص ١٢ ، ١٢٣ ، ١٩٤ - نهاية المحتاج حـ٧ ص٣٩٧ - شرح فتح القدير حـ ٤ ص ٤ - المغني ج ١٠ ص ٨٨ - المحلى ج ١ ص ٢١٨ ، ٣٤٤ - المحلى ج٧ ص ٣٢٢ وما بعدها - شرح الأزهار ج ٤ ص٥٧٥

«صوموهم بالصلاة لسبع» فدل ذلك على صحة عباداتهم فيكون حتماً لصحة إسلامهم ، وبعض الفقهاء يرى تصحيح إسلام الصبى إذا بلغ خمس سنوات وحجته أن علياً أسلم فى هذه السن[١]

ويعتبر ولد المرتد مسلما إذا حمل به فى الإسلام سواء كان المرتد الأب أو الأم أو هما معاً ، فإن بلغ أولاد المرتد فثبتوا على إسلامهم فهم مسلمون وإن بلغوا كافرين فهم مرتدون ، لهم حكم المرتدين ، أما من حمل به بعد الردة فهو محكوم بكفره لأنه من أبوين كافرين ، سواء حمل به فى دار الإسلام أو فى دار الحرب[٢]

والقاعدة عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد والظاهريين والشيعة الزيدية أنه إذا أسلم أحد الأبوين الكافرين كان أولاده الصغار مسلمين تبعاً له ، يستوى فى ذلك أن يكون المسلم الأب أو الأم ، ولكن مالكاً يرى أن الصغار يتبعون فى الإسلام الأب فقط ، فإذا أسلم الأب تبعه أولاده ، وإن أسلمت الأم لم يتبعوها لأن الولد يتبع أباه ولا يتبع أمه[٣]

٦٧٨ — ردة المكره وإسلامه : ومن أكره على الكفر فأتى بكلمة الكفر أو بعمل مكفر لم يصر كافراً وهذا متفق عليه فى المذاهب الأربعة ، وعليه مذهب الشيعة الزيدية ومذهب الظاهريين ، وشهادة ذلك قوله تعالى ﴿ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ، ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ﴾ ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم «عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا

(١) المغنى ج ١٠ ص ٨٩ ، ٩٠ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٧

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٩ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٣ — المغنى ج ١٠ ص ٩٣ — كشاف القناع ج ٤ ص ١٠٩ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٨١ ، ٥٨

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٩٦ — شرح الزرقانى ص ٦٦ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٤ — المحلى ج ٨ ص ٣٢٢ — والمراجع السابقة

عليه » والإكراه على الإسلام مما لا يجوز إكراهه كالذمي والمستأمن، لا يجعل المكره مسلماً حتى يوجد منه ما يدل على إسلامه طوعاً مثل أن يثبت على الإسلام بعد زوال الإكراه عنه ، فإن مات قبل ذلك فحكمه حكم الكفار ، وإن رجع إلى دين الكفر لم يجز قتله ، ولا إكراهه على الإسلام [1] .

الركن الثاني

القصد الجنائي

٦٧٩ ـ ويشترط لوجود جريمة الردة أن يتعمد الجاني إتيان الفعل أو القول الكفري وهو يعلم بأنه فعل أو قول كفري ، فمن أتى فعلاً يؤدي للكفر وهو لا يعلم معناه ، ومن قال كلمة الكفر وهو لا يعلم معناها ، فلا يكفر ، ومن حكى كفراً سمعه وهو لا يعتقده لم يكفر وكذلك من جرى على لسانه الكفر سبقا من غير قصد لشدة فرح أو دهش أو غير ذلك ، كقول من أراد أن يقول ـ اللهم أنت ربي وأنا عبدك ـ فقال أنت عبدي وأنا ربك

ويشترط الشافعي أن يقصد الجاني أن يكفر ، فلا يكفي أن يتعمد إتيان الفعل أو القول الكفري ، بل يجب أن ينوي الكفر مع قصد الفعل ، وحجته حديث الرسول « إنما الأعمال بالنيات » ـ فإذا لم ينو الكفر فلا يكفر [2]

وعلى هذا الرأي مذهب الظاهريين لأنهم يشترطون النية [3] في كل الأعمال وحجتهم حديث الرسول « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرىء ما نوى » فالصحيح عندهم أن كل عمل بلا نية فهو باطل لا يعتد به .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٨ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٢ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ ، ١٧٨ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٦ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٣٨ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٧ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢١ ـ المغني ج ١٠ ص ١٠٤ ـ المحلى ج ٨ ص ٣٢٩ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٧

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٠ (٣) المحلى ج ١ ص ٢٠٠ ، ٢٠٥

وعند مالك وأبي حنيفة والشافعي يكفي لاعتبار الشخص مرتدا أن يتعمد إتيان الفعل والقول الكفري، ولو لم ينو الكفر مادام قد جاء بالفعل أو القول بقصد الاستخفاف أو التحقير أو العناد أو الاستهزاء[1]، وعلى هـذا مذهب الشيعة الزيدية[2].

ويرى أبو حنيفة وأحمد أن فعل الهازل وقوله كفر، فمن تكلم بلفظ كفري أو أتى بفعل كفري وهو مختار، يعتبر كافراً ولو لم يقصد معنى الفعل أو القول مادام أنه عارف لمعناه، لأن التصديق وإن كان موجوداً حقيقة، إلا أنه زائل حكما، لأن الشارع جعل بعض المعاصي أمارة على عدم وجوده، كما لو سجد لصنم فإنه يكفر وإن كان مصدقاً لأن ذلك في حكم التكذيب[3]

عقوبات الردة

٦٨٠ – للردة عقوبات تختلف باختلاف ظروف الجريمة. منها ما هو عقوبة أصلية، ومنها ما هو عقوبة بدلية، ومنها ما هو عقوبة تبعية

أولا العقوبة الأصلية

٦٨١ – عقوبة الردة الأصلية هي القتل حداً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من بدل دينه فاقتلوه»

والقتل عقوبة عامة لكل مرتد سواء كان رجلا أو امرأة، شاباً أو شيخاً ولكن أبا حنيفة يرى أن لاتقتل المرأة بالردة ولكنها تجبر على الإسلام، وإجبارها

(١) شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٦٢، ٦٣، ٧ وما بعدها – كشاف القناع جـ ٤ ص ١٠٠، ١٠١ – حاشية ابن عابدين ص ٣٩٢

(٢) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٥٧٥، ٥٧٧

(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٣٩٢ – كشاف القناع جـ ٤ ص ١٠٠ – شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٤٠٧

على الإسلام يكون بأن تحبس وتخرج كل يوم فتستتاب ويعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت وإلا حبست وهكذا إلى أن تسلم أو تموت[1] .

وللمذاهب الأخرى على خلاف مذهب أبي حنيفة لا تفرق بين الرجل والمرأة ، وتعاقب المرتدة بالقتل كما يعاقب المرتد[2] .

وحجة أبي حنيفة أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل المرأة الكافرة فإذا كانت المرأة لا تقتل بالكفر الأصلي ، فأولى أن لا تقتل بالكفر الطارىء .

وحجة بقية الفقهاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من بدّل دينه فاقتلوه » وقال « لا يحل دم امرىء إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة »

ونهى الرسول عن قتل المرأة مقصود به الكافرة الأصلية ، ولا يصح أن يقاس على الكفر الأصلي الكفر الطارىء ، لأن الرجال والنساء يقرون على الكفر الأصلي ولا يقرون على الكفر الطارىء[3]

ويرى أبو حنيفة أيضاً أن لا يقتل الصبي المميز بالردة في أربع حالات : الأولى : إذا كان إسلامه تبعاً لأبويه وبلغ مرتداً ، ففي القياس يقتل وفي الاستحسان لا يقتل لأن إسلامه لما ثبت تبعاً لغيره صار شبهة في إسقاط القتل عنه وإن بلغ مرتداً . الثانية : إذا أسلم في صغره ثم بلغ مرتدا ، ففي القياس يقتل وفي الاستحسان لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة إسلامه . الثالثة : إذا ارتد في صغره . الرابعة : اللقيط في دار الإسلام فإنه محكوم بإسلامه تبعاً للدار كما لو كان مولوداً بين مسلمين

(١) بدائع الصنائع حـ ٧ ص ١٣٥
(٢) مواهب الجليل حـ ٦ ص ٢٨١ ـ نهاية المحتاج حـ ٧ ص ٢٩٥ ـ المهذب حـ ١ ص ٧٤ ـ المحلى ج ١١ ص ٢٢٢ ـ شرح الأزهار حـ ٤ ص ٥٧٨
(٣) المغني حـ ١٠ ص ٧٤ ، ٥٧٨

والصبى المميز إذا لم يقتل فى هذه الحالات الأربع فإنه يجبر على الإسلام كما يجبر المرأة على الإسلام بالحبس وبالتعزير[١] .

والقاعدة عند مالك أن الصبى المميز يقتل بالردة إذا بلغ مرتداً ولكنه يستثنى من ذلك ١ ـ الصبى المراهق حين إسلام أبيه ، ٢ ـ الصبى الذى ترك لأمه الكافرة سواء ترك مميزاً أو غير مميز إذا غفل عنه حتى أرهق أى قارب البلوغ كابن ثلاث عشرة سنة فهذان إذا بلغ أحدهما كافراً فلا يقتل بكفره وإنما يجبر على الإسلام بالتعزير[٢] .

أما بقية المذاهب فترى قتل الصبى المرتد إذا بلغ مرتداً شأنه فى ذلك شأن الرجل والمرأة[٣]

٦٨٢ ــ الاستتابة : والقاعدة الأصلية أن المرتد لايقتل إلا بعد أن يستتاب ، فإن لم يتب قتل ، ويرى بعض الفقهاء أن الاستتابة واجبة ، وهو مذهب مالك والشيعة الزيدية وهو الرأى الراجح فى مذهبى الشافعى وأحمد ، وهناك رأى فى مذهب الشيعة الزيدية أن الاستتابة مستحبة وهو رأى مرجوح[٤]

ويرى أبو حنيفة أن الاستتابة مستحبة لا واجبة ، لأن الدعوة قد بلغت المرتد فنفى بذلك الوجوب ، وإنما يعرض عليه الإسلام استحبابا فلعله يسلم وهذا القول رأى للشافعى وأحمد ويرى الظاهريون أن الاستتابة ليست واجبة ولا ممنوعة[٥]

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٦ ٤ ، ٧ ٤ ــ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٥
(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٦ ، ٧٠ ــ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٤
(٣) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٤ ــ المغنى جـ ١ ص ٩٢ ــ المحلى جـ ٧ ص ٣٢٢ وجـ ١١ ص ٢٢٧ ــ شرح الأزهار جـ ٤ ص ٥٨ ، ٥٨١
(٤) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٧٩ ، ٣٨
(٥) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٦٥ ــ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٩٨ ــ المهذب جـ ٢ ص ٢٣٨ ــ المغنى ج ١ ص ٧٦ ــ شرح الأزهار جـ ٤ ص ٥٧٩ ــ المحلى ج ١١ ص ١٩٧

٦٨٣ — مدة الاستتابة : مذهب مالك على أن الاستتابة مدتها ثلاثة أيام بلياليها من يوم ثبوت الكفر على المرتد ، لا من يوم الكفر ولا من يوم الرفع أى التبليغ

ولا يحسب اليوم إن سبقه الفجر ولا تلفق الأيام الثلاثة ، والمقصود بذلك الاحتياط لعظم الدماء ، ولا يجوز أن يمنع عنه الماء أو الطعام ولا يعذب ، فإن تاب لم يقتل وإلا قتل بعد غروب شمس اليوم الثالث[1]

ويرى أبو حنيفة أن المدة متروكة لتقدير الإمام ، فإن طمع فى توبة المرتد أو سأله هو التأجيل ، أجله ثلاثة أيام ، وإن لم يطمع فى توبته ولم يسأله هو التأجيل قتله من ساعته[2]

وفى مذهب الشافعى رأيان أحدهما أن الاستتابة مدتها ثلاثة أيام لأنها مدة قريبة يمكن فيها الارتياد والنظر ، والرأى الثانى أن يقتل فى الحال إذا استتيب فلم يتب ، وهو الرأى الراجح فى المذهب[3]

ومذهب أحمد على أن مدة الاستتابة ثلاثة أيام مع حبس المرتد فيها[4] .

ولا يحدد الظاهريون مدة للاستتابة، ويرون قتل المرتد فى الحال إذا لم يتب[5]

ولكن الشيعة الزيدية يحددون مدة الاستتابة بثلاثة أيام[6] .

والأصل فى ذلك كله ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قدم عليه رجل من جيش المسلمين فقال . هل عندكم من مغربة خبر ؟ قال نعم ، رجل كفر بالله تعالى بعد إسلامه فقال عمر رضى الله عنه ماذا فعلتم به ؟ قال . قربناه فضربنا عنقه فقال عمر رضى الله عنه فلا طبقتم عليه بيتاً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً

(١) شرح الزرقانى ح ٨ ص ٩٥
(٢) بدائع الصنائع حـ ٧ ص ١٣٥
(٣) نهاية المحتاج حـ ٧ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩
(٤) المغنى حـ ١٠ ص ٧٨ — كشاف القناع حـ ٤ ص ١٠٤
(٥) المحلى حـ ١١ ص ١٩٢
(٦) الروض النضير حـ ٤ ص ٣٢٤ — شرح الأزهار حـ ٤ ص ٣٧٩ ، ٥٨٠

واستتيبوه لعله يتوب ويرجع إلى الله سبحانه وتعالى ، اللهم إنى لم أحضر، ولم آمر ، ولم أرض إذ بلغنى ، لذلك روى عن على رضى الله عنه أنه قال يستتاب المرتد ثلاثاً. وبهذا يتمسك من قال بوجوب الاستتابة أو استحبابها وبمدة الأيام الثلاثة

٦٨٤ — كيفية التوبة : تكون التوبة بالنطق بالشهادتين ، وبإقرار المرتد بما أنكره ، وبراءته من كل دين يخالف دين الإسلام ، فمن ادعى وجود إلهين أو أنكر رسالة محمد، يكفى أن يأتى بالشهادتين، وإن كان الكفر بإنكار شىء آخر كمن خصص رسالة محمد بالعرب أو جحد فرضاً أو تحريماً فيلزمه مع الشهادتين الإقرار بما أنكر ، وهكذا تختلف حقيقة التوبة بحسب الفعل أو القول الكفر

٦٨٥ — من لا يستتاب . وإذا كانت القاعدة هى استتابة المرتد بغض النظر عما إذا كانت الاستتابة واجبة أو مستحبة فإن مالكا يمنع من استتابة ثلاثة

١ — الساحر إذا أتى من السحر ما يعتبر كفراً فإنه لا يستتاب ويقتل ، وإذا تاب لم تقبل توبته إلا أن يجىء بنفسه معلناً عن سحره وبانتهائه ، ذلك أن حكم الساحر فى المذهب كحكم الزنديق[1] .

٢ — الزنديق وهو من يظهر الإسلام ويسر الكفر ، فإذا ثبت عليه الكفر لم يستتب ويقتل ولو أظهر توبته ، لأن إظهار التوبة لا يخرجه عما يبديه من عادته ومذهبه ، فإن التقية عند الخوف عين الزندقة ، أما إذا جاء بنفسه مقراً بزندقته ومعلنا توبته دون أن يظهر عليه فتقبل توبته[2]

٣ — من سب نبياً أو ملكاً أو عرض به أو لعنه أو عابه أو قذفه أو استخف بحقه وما أشبه ، فإنه يقتل ولا يستتاب ، ولا تقبل منه التوبة لو أعلنها ولو جاء تائباً قبل أن يطلع عليه ، لأن القتل فى هذه الحالة حد خاص وإن كان يدخل تحت الردة[3]

(١) مواهب الجليل حـ ٦ ص ٢٧٩ (٢) مواهب الجليل حـ ٦ ص ٢٨٢

(٣) مواهب الجليل حـ ٦ ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ ـ شرح الزرقانى حـ ٨ ص ٧ ، ٧١

فالمرتد يقتل حداً لا كفراً على مشهور قول مالك ، ولهذا لا تقبل توبته ولا تنفعه استتابته ، على أن هناك من يرى قتله ردة ، وفي هذه الحالة يستتاب فإن تاب نكل أي عزر[1]

أما المعتاد على الرد فيستتاب ولو تكررت ردته ما دامت ردته ليست من الأنواع الثلاثة السابقة[1]

ومذهب الشافعي يختلف عن مذهب مالك تمام الاختلاف ، فالشافعيون يرون الاستتابة ويقبلون التوبة من الساحر والزنديق ، ولو كان زنديقا لا يتناهى خبثه في عقيدته لقوله تعالى ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾ ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم « فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم » أي النطق بالشهادتين[2]

على أن هناك رأياً مرجوحاً في المذهب بعدم قبول توبة الزنديق[3]

وتقبل توبة من سب النبي عليه الصلاة والسلام أو سب غيره ،ويستتاب وهو الرأي الراجح في المذهب ، وهناك رأيان آخران أحدهما أنه يقتل حداً إذا سب النبي أو قذفه ، لأن القتل حد قذف النبي أو سبه ،وحد القذف لا يسقط بالتوبة ، والثاني أنه يعاقب على القذف بالجلد ثمانين جلدة ويعزر على السب[4]

وفي مذهب أحمد ١ ـ لا تقبل توبة الزنديق،لأن الله تعالى يقول ﴿إلا الذين تابوا وأصلحوا ، وبينوا﴾ والزنديق لا يظهر منه ما يتبين به رجوعه وتوبته،لأن الزنديق لا يظهر منه بالتوبة خلاف ما كانت عليه ،فإنه كان ينفي الكفر عن نفسه قبل ذلك ، وقلبه لا يطلع عليه فلا يكون لما قاله حكم ، لأن الظاهر من حاله أنه يستدفع القتل بإظهار التوبة ٢ ـ كذلك لا تقبل توبة من تكررت ردته لقوله

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٢

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٢ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٢٩

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٩

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٢ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٩

تعالى ﴿ إن الذين آمنوا ثم كفروا ، ثم آمنوا ثم كفروا ، ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلا ﴾ وقوله ﴿ إن الذين كفروا بعد إيمانهم ثم ازدادوا كفراً لن تقبل توبتهم ﴾ كذلك فإن تكرار الردة دليل على فساد العقيدة وقلة المبالاة بالدين ٣ ـ ولا تقبل توبة من سب الله ورسوله أو تنقيصه لأن ذلك دليل على فساد العقيدة واستخفافه بالله تعالى ورسوله ولقوله جل شأنه .

﴿ ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب ، قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزؤون ، لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم ﴾ ٤ ـ ولا تقبل توبة الساحر الذي يكفر بسحره لوجهين ـ أولهما لما روى عن جندب بن عبد الله أن رسول الله قال « حد الساحر ضربه بالسيف » فسماه حداً ، والحد لا يسقط بالتوبة ـ وثانيهما . أنه إذا لم يكن حد فلا طريق إلى معرفة إخلاصه في توبته لأنه يضمر السحر ولا يجهر به فيكون إظهار الإسلام خوفاً من القتل[1] .

وهناك رواية أخرى عن أحمد يرى الأخذ بها بعض فقهاء المذهب وهي قبول توبة المرتد واستتابته مهما كان كفره أي سواء كان زنديقاً أو ساحراً أو معتاد الردة الخ وهذا الرأي يتفق مع مذهب الشافعي[2]

ومذهب أبي حنيفة على عدم قبول توبة كل من ١ ـ الساحر للمروى عن الرسول من أن حد الساحر ضربه بالسيف ، ولكن الكثير من فقهاء الحنفية يفضلون مذهب الشافعي في هذه المسألة ، ويلاحظ أن القائلين بقتل الساحر ، يرون قتل الساحرة ، لأن القتل حد لا يستتاب فيه . ٢ ـ الزنديق والرأي في توبته هو ما يرونه في مذهب مالك على أن هناك رأياً آخر يقول بقبول توبته[3].

٣ ـ سب الرسل والملائكة والاستهزاء بهم وفي المذهب رأيان أحدهما ـ يرى القتل حداً فلا تقبل التوبة[4]

---

(١) كشاف القناع جـ ٤ ص ٥ ١ ، ٦ ١

(٢) المغنى جـ ١٠ ص ٧٨ ، ١١٣ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٨

(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٨ ٤ ، ٩ ٤

(٤) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٤٠ وما بعدها

والثانى يرى أنه مرتد يقتل للردة فتقبل توبته[١] .

٤ — من تكررت ردته فلا تقبل توبته[٢] .

ومذهب الظاهريين كمذهب الشافعى[٣]

وكذلك مذهب الشيعة الزيدية فإنهم يستتيبون كل مرتد ويقبلون منه التوبة أياً كان وجه الكفر ، أى سواء كان للسحر أو الزندقة أو غير ذلك[٤] .

٦٨٦ — ما يترتب على التوبة : يترتب على حدوث التوبة ممن تقبل توبته أن يسقط القتل عنه بالتوبة فيعود معصوم الدم كما كان قبل الردة فإذا قتله شخص ما أقيد به لأنه قتل نفساً معصومة أما قبل ذلك فيكون المرتد مهدر الدم من وقت الردة فإذا قتله شخص ما لم يعتبر قاتلا وإنما يعزر فقط لافتياته على السلطات العامة لا لأنه قاتل إذ أنه قتل شخصا مهدر الدم مباح القتل بل يعتبر قتله فرضا على كل مسلم ، ويستوى أن يكون القتل حاصلا قبل الاستتابة أو بعدها مادام قد حدث قبل التوبة فعلا ممن تقبل توبته لأنه يقتل فى الحالين على ردته وكل جناية على المرتد هدر لأن الردة تسقط عصمة المرتد وإذا كان أبو حنيفة لا يرى قتل المرأة ولا الصبيان الذين بلغوا مرتدين ، وإذا كان مالك لا يرى قتل بعض الصبيان فإنهما معا يريان أن من قتل امرأة مرتدة أو صبياً مرتداً قبل التوبة فإن القاتل لا يعتبر مسئولا عن جريمة القتل لأنه قتل شخصا مهدر الدم وإنما يسأل باعتباره مفتاتا على السلطات العامة[٥]

ثانياً العقوبة البدلية

٦٨٧ — العقوبة البدلية للردة تكون فى حالتين

الأولى إذا سقطت العقوبة الأصلية بالتوبة استبدل بها القاضى عقوبة تعزيرية

(١) مس المراسم ١ ، ٢ ، ٤ (٢) حاشية ابن عابدين ص ٤١٢

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٧ (٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٩ ، ٣٨

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٢ — كشاف القناع ج ٤ ص ١٠٤ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٤٠٤

مناسبة لحال الجاني كالجلد أو الحبس أو الغرامة أو التوبيخ ويصح أن يكون الحبس محدد المدة وأن لا يكون محدد المدة فيحبس المرتد إلى غير أمد حتى يظهر صلاحه .

ويميل الفقهاء إلى تشديد العقوبة على من تكررت ردته (وهذا عند من يقبلون توبة المعتاد على الردة) كما يميل بعض الفقهاء إلى إعفاء الجاني من العقاب من أول ردة إلا إذا كان سابا لرسول الله أو ساحراً[1]

الثانية : إذا سقطت العقوبة الأصلية لشبهة كما أسقطها أبو حنيفة عن المرأة والصبي وكما أسقطها مالك عن بعض الصبيان ففي هذه الحالة تحبس المرأة والصبي إلى غير أمد ويجبر كلاهما على الإسلام ويجوز أن يصحب الحبس عقوبة أخرى ويستمر الحبس حتى يسلم المرتد

ثالثا . العقوبة التبعية

٦٨٨ - العقوبة التبعية : التي تصيب المرتد على نوعين .

أولاهما : مصادرة مال المرتد وثانيهما نقص أهلية المرتد للتصرف .

٦٨٩ - ١ - مصادرة مال المرتد : يرى مالك والشافعي وأحمد أن مال المرتد إذا مات أو قتل يكون فيئا ولا يرثه أحد لا من المسلمين ولا من غيرهم ويستثني مالك من هذه القاعدة مال الزنديق والمنافق فيرى أن ميراثه لورثته المسلمين لأن المنافقين على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ورثهم أبناؤهم المسلمون لما ماتوا[2]

والرأي الراجح في المذاهب الثلاثة أن الردة لا تزيل الملك عن المرتد ولا تمنعه عن تملك أموال أخرى بعد الردة بأسباب التمليك المشروعة وإنما توقف الردة ملك المرتد من وقت ردته فإن أسلم ثبت له ملكه وإن مات مرتداً أو قتل بردته كان ماله فيئاً

(١) مواهب الجليل ح ٦ ص ٢٨٢ - شرح فتح القدير ح ٤ ص ٣٨٧ - نهاية المحتاج ح ٧ ص ٤٠١ - أسنى المطالب ح ٤ ص ١٢٢ - المغني ح ١٠ ص ١١٣ - كشاف القناع ح ٤ ص ١٠٦

(٢) مواهب الجليل ح ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ - أسنى المطالب ح ٤ ص ١٢٣ - كشاف القناع ح ٤ ص ١٠٤ - المغني ح ١ ص ٨١

أما فى مذهب أبى حنيفة فالمال المكتسب فى حال الإسلام يرثه الورثة المسلمون إذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وقضى باللحاق أو المال المكتسب حال الردة فيراه أبو حنيفة فيئاً ، ويراه أبو يوسف ومحمد ميراثاً — ولا خلاف فى المذهب أن مال المرتد الموجود فى دار الحرب سواء اكتسبه قبل الردة أو بعدها فهو فىء إذا ظهر عليه[1] .

والفرق بين مذهب أبى حنيفة والمذاهب الأخرى يرجع إلى الخلاف على تفسير ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يرث الكافر المسلم ، ولا المسلم الكافر » فالمذاهب الثلاثة لاتجعل مال المرتد لورثته لأنه كافر وهم مسلمون ، وأبو حنيفة وأصحابه يتأولون فيقولون إن مال المرتد مال مسلم لأن الردة كالموت فى إزالة سبب الملك ، وإذا ارتد شخص فإن الردة تعتبر بالنسبة للمال موتاً فهو مسلم قد مات فيرثه ورثته المسلمون .

ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب أبى حنيفة ورأى أبى يوسف ومحمد[2] ويرى الظاهريون أن مال المرتد لورثته الكفار إن كان له ورثة فلا هو فىء ولاهو ميراث لورثته المسلمين[3] .

ويعتبر أبو حنيفة لحاق المرتد بدار الحرب فى حكم موته إذا قضى القاضى بلحاقه لأن اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت فى حق زوال ملكه عن أمواله المتروكة فى دار الإسلام ، لأن زوال الملك عن المال بالموت حقيقة لكونه مالا فاضلا عن حاجته لانتهاء حاجته بالموت وعجزه عن الانتفاع به ، وقد وجد هذا المعنى فى اللحاق ، لأن المال الذى فى دار الإسلام خرج من أن يكون منتفعاً به فى حقه لعجزه عن الانتفاع به ، فكان فى حكم المال الفاضل عن حاجته ، لعجزه عن قضاء حاجته به ، فكان اللحاق بمنزلة الموت فى كونه مزيلا للملك[4]

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٨
(٢) شرح الأزهار ص ٥٧٨
(٣) المحلى ج ١١ ص ١٩٧ ، ١٩٨
(٤) بدائع الصنائع ج ٤ ص ٨٤

وعلى هذا مذهب الشيعة الزيدية[1] ، أما المذاهب الأخرى فلا تعتبر اللحاق بدار الحرب فى حكم الموت .

٦٨٩ — ٢ — نقص أهلية المرتد للتصرف . لا تؤثر الردة على أهلية المرتد للتملك ، فيجوز أن يتملك بالهبة وباستئجار نفسه ، وبالصيد ، وبالشراء مثلا ، ولكنه لا يتملك بالميراث مادام فى دار الإسلام لاختلاف الدين لأنه لا يقر على ردته ، ولكن الردة تؤثر على أهلية المرتد للتصرف فى ماله ، سواء كان المال مكتسباً قبل الردة أو بعدها فتصرفاته لا تكون نافذة ، وإنما توقف تصرفاته ، فإن أسلم نفذت — وإن مات على ردته كانت تصرفاته باطلة لأنها تمس أموالا تعلق بها حق الغير وهذا هو الرأى الراجح فى مذهب مالك والشافعى وأحمد ، إلا أن مذهب الشافعى يبطل التصرفات التى لا تحتمل الإيقاف كالبيع فإنه من العقود النافذة ما لم يكن معلقاً على شرط وكذلك الهبة والرهن وما أشبه — على أن فى هذه المذاهب الثلاثة رأى مرجوح يرى أصحابه بطلان تصرفات المرتد بطلاناً مطلقاً ، وهذا على أساس النظرية القائلة بأن الردة تزيل الملك ولا توقفه ، فإذا أزالت الردة الملك عن المرتد فتصرف كان التصرف باطلا لصدوره من غير مالك[2]

وفى مذهب أبى حنيفة خلاف فيرى أبو حنيفة أن تصرفات المرتد موقوفة فإن أسلم جازت هذه التصرفات ، وإن مات على ردته أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت كل تصرفاته ، وأساس نظريته أن الردة توقف ملك المرتد أما عند أبى يوسف ومحمد ، فلك المرتد لا يزول بالردة ولا يوقف وإنما يزول الملك بالموت أو القتل أو اللحاق بدار الحرب ، وعلى هذا فإن تصرفات المرتد عندهما جائزة كما تجوز من المسلم ، ولكنهما اختلفا فى مدى جواز هذه التصرفات ، فرأى

(١) شرح الأزهار ـ ٤ ص ٥٧٨

(٢) مواهب الجليل ح ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ، ٢٨٤ ـ شرح الزرقانى ح ٨ ص ٦٦، ٦٨ ـ نهاية المحتاج ح ٧ ص ٤٠١ ـ أسنى المطالب ـ ٤ ص ١٢٣ ـ المغنى ح ١٠ ص ٨٣، كشاف ح ٤ ص ١٠٨

محمد أن تصرفات المرتد جائزة جواز تصرفات المريض مرض الموت ، لأن المرتد على شرف التلف لأنه يقتل فأشبه المريض مرض الموت ، ويرى أبو يوسف أن تصرفات المرتد جائزة جواز تصرفات الصحيح لأن اختيار الإسلام بيده فيمكنه الرجوع إلى الإسلام فيتخلص من القتل ، والمريض لا يمكنه دفع المرض فأنى يتشابهان ؟ (١)

ومذهب الشيعة الزيدية كرأى أبى حنيفة إلا أنهم يجعلون التصرفات فى القرب لغواً كالوقف والصدقة والنذر إلا العتق فإذا لم تتناول التصرفات القرب فهى موقوفة فإن أسلم نفذت وإلا بطلت (٢)

* * *

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٦ (٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٩

الباب الأول

فى الجنايات

الفصل الأول

فى القتل

رقم الفقرة | | رقم الصفحة

الفصل الأول

الجناية على مادون النفس

رقم الفقرة | | رقم الصفحة

استيفاء القصاص

سقوط القصاص

العقوبات الأصلية الثانية

رقم الفقرة		رقم الصفحة

العقوبات البدلية

رقم الفقرة		رقم الصفحة
٣٦٠	أشفار العينين	٢٧١
٣٦١	أهداب العينين	٢٧٢
٣٦٢	أصابع اليدين وأصابع الرجلين	٢٧٢
٣٦٣	الأسنان	٢٧٢
	إذهاب المعانى	٢٧٤
٣٦٥	١ ـ السمع	٢٧٥
٣٦٦	٢ ـ البصر	٢٧٥
٣٦٧	٣ ـ الشم	٢٧٥
٣٦٨	٤ ـ الذوق	٢٧٥
٣٦٩	٥ ـ الكلام	٢٧٦
٣٧٠	٦ ـ العقل	٢٧٦
٣٧١	المنى والجماع	٢٧٧
٣٧٢	الصعر	٢٧٧
٣٧٣	معانى أخرى	٢٧٩
٣٧٥	ما يجب فى فوات بعض المعنى	٢٧٩

ما يجب فيه أرش مقدر

٣٧٦	الأطراف التى لها أرش مقدر	٢٧٩

أرش الشجاج

٣٧٨	الموضحة	٢٨١
٣٧٩	الهاشمة	٢٨٢
٣٨٠	المنقلة	٢٨٢
٣٨١	الآمة	٢٨٢
٣٨٢	الدامغة	٢٨٣

رقم الفقرة | رقم الصفحة

أرش الجرا

هل تتساوى الديات لكل الأشخاص

الأنثى ثم بعدها التكافؤ

العقوبات البدلية الثانية

التعزير

الفصل الثالث

الجناية على ماهو نفس من وجه دون وجه

بسبب الفعل

الفصل الثاني

في عقوبة الزنا

رقم الفقرة		رقم الصفحة
	المبحث الأول في عقوبة السكر	
٥٠٩	عقاب السكر الزانى	٣٧٩
٥١٠	أولا ـ عقوبة الجلد	٣٧٩
٥١١	ثانياً ـ التعريب	ـ
٥١٢	تعريب المرأة	٣٨٠
٥١٣	ما هية التعريب	٣٨١
	المبحث الثانى في عقوبة المحصن	
٥١٤	تشديد عقوبة المحصن	٣٨٣
٥١٥	الرجم	٣٨٤
٥١٦	الجلد	٣٨٤
٥١٧	حالات يخاف على عقوبتها	٣٨٦
٥١٨	حالة اللواط	٣٨٦
٥١٩	حالة وطء المحارم	٣٨٧
٥٢٠	حالة وطء البهائم	٣٨٨
	المبحث الثالث في الإحصان	
٥٢١	الاحصان شرط الرجم	٣٨٩
٥٢٢	معنى الإحصان	٣٨٩
٥٢٣	أنواع الإحصان	٣٩٠
٥٢٤	شروط الإحصان	٣٩٠
٥٢٥	زنا المحصن بغير محصن	٣٩٤

الفصل الثالث

فى الأدلة على الزنا

٥٢٦	الأدلة المثبتة للزنا	٣٩٥

رقم الفقرة | رقم الصفحة

المبحث الأول في الشهادة

المبحث الثاني الإقرار

رقم الفقرة		رقم الصفحة
٥٤٠	إقرار الآثم	٤٣٦
٥٤١	أثر التقادم على الإقرار	٤٣٦
٥٤٢	التحايل على الإقرار	٤٣٧
٥٤٣	الإقرار فى مجلس القضاء	٤٣٨
٥٤٤	الرجوع عن الإقرار	٤٣٨
٥٤٥	القرائن	٤٤٠
٥٤٦	اللعان	٤٤١
	تنفيذ العقوبة	
٥٤٧	مقدار الحد	٤٤١
	مقارنة بين الشريعة والقانون فى الأدلة على الزنا	
٥٤٨	الحكم الشرعى لحد الزنا	٤٤٢
٥٤٩	تعدد العقوبات	٤٤٢
	التداخل	٤٤٢
	الجب	٤٤٣
٥٥٠	من الذى يقيم الحد	٤٤٤
٥٥١	علانية التنفيذ	٤٤٥
٥٥٢	كيفية التنفيذ فى الرجم	٤٤٥
٥٥٣	كيفية التنفيذ فى الجلد	٤٤٨
٥٥٤	التنفيذ على الحامل	٤٥٠
٥٥٥	التنفيذ على المريض	٤٥٢
	المريض الذى يرجى شفاؤه	٤٥٢
	المريض الذى لا يرجى شفاؤه	٤٥٣

رقم الفقرة | رقم الصفحة

موانع التنفيذ

الكتاب الثاني

القذف

رقم الفقرة		رقم الصفحة
٥٧٣	بالنا ـ اليمين	٤٩٠
	المبحث الرابع عقوبة القذف	
٥٧٤	القذف عقوبتان	٤٩١
	عقوبة الجلد	٤٩١
	عدم قبول الشهادة	٤٩١
٥٧٥	تعدد العقوبات	٤٩٢
٥٧٦	تداخل عقوبات القذف	٤٩٢
٥٧٧	هل تتداخل عقوبة القذف مع عقوبات الجرائم الأخرى	٤٩٤
٥٧٨	مسقطات العقوبة	٤٩٥

الكتاب الثالث

فى الشرب

٥٧٩	تحريم الشرب	٤٩٦
٥٨٠	النصوص الخاصة بالخمر	٤٩٨
٥٨١	معنى الشرب عند الفقهاء	٤٩٨
	المبحث الأول . فى أركان الجريمة	
٥٨٢	الركن الأول	
	الشرب	٥٠١
٥٨٣	السكر	٥٠٤
	الركن الثانى القصد الجنائى	٥٠٥
	عقوبة الشرب	٥٠٥
٥٨٦	التداخل	٥ ٧
٥٨٧	كيفية تنفيذ الجلد	٥ ٨
	المبحث الثانى الأدلة على الشرب	